MINISTERE DE LA JUSTICE ET DES LIBERTES
DIRECTION DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE

CONCOURS EXTERNE

DE

CONSEILLERS D'INSERTION ET DE PROBATION

DE L'ADMINISTRATION PENITENTIAIRE

SESSION 2011

Epreuve de rédaction d'une note de synthèse à partir d'un dossier portant sur les libertés publiques ou des problématiques liées à la justice.
(durée 3h, coefficient 2)

Toute note inférieure à 5/20 est éliminatoire.

Sujet :

A l'aide des documents joints, vous rédigerez une note de synthèse sur « La continuité du service public ».

4 à 6 pages maximum

LISTE DES DOCUMENTS JOINTS

Document n°1 : extraits de l'arrêt CE, 7 août 1909, « WINCKELL » et des conclusions du commissaire du gouvernement Tardieu (2 pages)

Document n°2 : extrait de l'arrêt CE, 28 juin 1918, « HEYRIES » (1 page)

Document n°3 : extraits de la constitution du 27 octobre 1946 (1 page)

Document n°4 : arrêt CE, 7 juillet 1950, « DEHAENE » (2 pages)

Document n°5 : loi n°66-777 du 31 juillet 1963 relative à certaines modalités de la grève dans les services publics (1 page)

Document n°6 : extrait de la décision du conseil constitutionnel du 25 juillet 1979 dite « Service public de la radio et de la télévision » (2 pages)

Document n°7 : extrait de l'arrêt CE, 13 juin 1980 « Bonjean » (1 page)

Document n°8 : extrait de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (1 page)

Document n°9 : extrait de l'arrêt CE, 30 novembre 1998, « C. et autres » (2 pages)

Document n°10 : arrêt CE, 27 septembre 2000, « RACCA » (2 pages)

Document n°11 : extrait de rapport de commission du Sénat concernant une proposition de loi sur le service minimum (11 pages)

Document n°12 : article du Nouvel observateur, 25 juillet 2008 (2 pages)

Document n°13 : extrait de l'article « Le devoir de résistance du fonctionnaire depuis 1946 », AJDA 2004, p.1681, par J.Mekhantar (3 pages)

Document n°14 : extrait d'article paru dans la Revue d'histoire moderne et contemporaine 2005-3), « Le service public, l'économie, la République » p.132 à 165, par M.Margairaz (2 pages)

Document n°15 : extrait de l'article « Jean Rivero et les lois du service public », AJDA 2010, p ;987, par J.Travard (7 pages)

DOCUMENT 1:

Extraits de l'arrêt CE, 7 août 1909, «WINKELL» et des conclusions du commissaire du gouvernement TARDIEU.

C.E., 7 août 1909, Winkell

(Rec., p. 826)

(Req. n° 37.317 - MM. Baudenet, *rapp.* ; Tardieu, *c. du g.* ; M[es] Hannotin, Frénoy et Regray, *av.*)

Vu la requête du sieur Winkell, conducteur de perforeuses aux ateliers des postes et télégraphes..., tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler, pour excès de pouvoir un arrêté du sous-secrétaire d'Etat des postes et télégraphes, en date du 15 mai 1909, portant qu'il est révoqué à partir du 13 du même mois ;

Ce faire, attendu que la mesure dont le requérant a été l'objet a été prise sans qu'il ait reçu communication de son dossier, contrairement à l'art. 65 de la loi du 22 avr. 1905, auquel le décret du 18 mars 1909 ne pouvait opporter une dérogation ;

Vu les observations du ministre des Travaux publics, des Postes et des Télégraphes..., tendant au rejet du pourvoi, par les motifs qu'en se mettant en grève et en abandonnant ainsi ses fonctions, le requérant a rompu le lien qui l'attachait à l'Administration et perdu de plein droit par ce fait sa situation de fonctionnaire, et en même temps la garantie instituée par l'art. 65 de la loi du 22 avr. 1905 qui y était attachée ; que pour qu'il se démit de ses fonctions, il n'était pas besoin d'un acte exprès ; qu'en réalité et quels qu'en soient les termes, l'arrêté attaqué n'a fait que constater un fait accompli et prendre acte de la renonciation que le requérant avait faite de ses fonctions ; qu'en tout cas le fonctionnaire qui se met en grève et par le fait duquel il n'y a plus de services ne peut plus se prévaloir des garanties qui sont corrélatives à l'exécution du service; que d'ailleurs la communication du dossier eût été sans intérêt, le motif de la mesure prise, la participation à la grève, étant notoire et publique; et qu'enfin le requérant n'a pas réclamé la communication de son dossier, bien qu'il eût été suffisamment mis en demeure de la demander soit par l'avertissement résultant des termes du décret du 18 mars 1909, soit par celui qui résultait des déclarations faites à la Chambre des députés par le ministre des Postes et Télégraphes ;

Vu le mémoire en réplique présenté pour le sieur Winkell..., par lequel le requérant déclare persister dans ses précédentes conclusions, par les motifs : que l'art. 65 de la loi du 22 avr. 1905 est conçu en termes généraux et ne contient aucune restriction et que les garanties qu'il accorde ne sont pas la contrepartie de l'exécution du service, que le requérant ne peut pas être considéré comme démissionnaire la démission ne produisant d'effet que si elle a été acceptée et que sa participation à la grève n'a pu avoir pour effet de rompre de plein droit le lien qui l'attachait à l'administration et par suite de le priver du bénéfice de l'art. 65 précité ; qu'en admettant qu'il existe une sorte de contrat entre le fonctionnaire et l'Administration, les règles qui le régissent se trouvent dans les textes spéciaux à chaque catégorie de fonctionnaires et que, dès lors, le refus de service ne peut avoir d'autre conséquence que l'application des peines disciplinaires prévues par ces textes ; que d'après ceux qui sont applicables aux agents des postes, les peines disciplinaires, pour produire effet, doivent avoir été prononcées ; que le décret du 18 mars 1909, prévoit formellement qu'en cas

de refus collectif ou concerté de service, le ministre ou le sous-secrétaire d'Etat, suivant les cas peut prononcer sans intervention du conseil de discipline les peines du 2e et du 3e degré, au nombre desquelles est la révocation ; qu'il suit de là que le fait de grève ne rompt pas le lien existant entre le fonctionnaire et l'Administration et que celle-ci l'a entendu ainsi jusqu'ici ; qu'en effet elle a notamment repris une partie des grévistes sans qu'il soit l'objet d'une nouvelle nomination et notifié au requérant qu'il était révoqué par application du décret du 18 mars 1909 ; que le requérant avait intérêt à recevoir communication de son dossier afin de contrôler l'exactitude des faits à lui reprochés ; qu'enfin ni le décret du 18 mars 1909, ni les déclarations faites à la tribune de la Chambre des députés ne constituent des mises en demeure suffisantes de réclamer cette communication ;

Vu la loi du 22 avr. 1905, art. 65 ; les décrets des 23 avr. 1883, 9 nov. 1901, 9 juin 1906, 18 mars 1909 ; et la loi du 24 mai 1872 ;

1. Considérant que la grève, si elle est un fait pouvant se produire légalement au cours de l'exécution d'un contrat de travail réglé par les dispositions du droit privé, est, au contraire, lorsqu'elle résulte d'un refus de service concerté entre des fonctionnaires, un acte illicite, alors même qu'il ne pourrait être réprimé par l'application de la loi pénale ; que, par son acceptation de l'emploi qui lui a été conféré, le fonctionnaire s'est soumis à toutes les obligations dérivant des nécessités mêmes du service public et a renoncé à toutes facultés incompatibles avec une continuité essentielle à la vie nationale ; qu'en se mettant, en grève les agents préposés au service public, sous quelque dénomination que ce soit, ne commettent pas seulement une faute individuelle, mais qu'ils se placent eux-mêmes, par un acte collectif, en dehors de l'application des lois et règlements édictés dans le but de garantir l'exercice des droits résultant pour chacun d'eux du contrat de droit public qui les lie à l'Administration ; que, dans le cas d'abandon collectif ou concerté du service public, l'Administration est tenue de prendre des mesures d'urgence et de procéder à des remplacements immédiats ;

2. Cons. que le sieur Winkell ne conteste pas qu'il était au nombre des ouvriers du service des postes qui étaient en grève au mois de mai 1909 et que, pour demander l'annulation de l'arrêté par lequel le sous-secrétaire d'Etat a prononcé sa révocation, il se borne à alléguer que cette mesure a été prise sans qu'il ait reçu préalablement la communication de son dossier, en conformité de l'art. 65 de la loi du 22 avr. 1905 ;

3. Mais cons. qu'il résulte de ce qui précède que, quelle que soit la généralité de cet article, le législateur n'a pu comprendre la grève dans un service public au nombre des cas en vue desquels il a formulé cette prescription ;... (rejet).

Conclusions du Commissaire du gouvernement TARDIEU rendues à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 7 août 1909 *WINKELL* (Rec. 826 ; concl. Tardieu : S. 1909. 3. 145) :

"Quand l'Etat, les départements ou les communes se substituent à la libre initiative des particuliers pour organiser un service public, c'est le plus souvent afin de procurer à tous les habitants de la France, sur les points les plus reculés du territoire, la satisfaction de besoins généraux auxquels l'initiative privée ne pouvait assurer qu'une satisfaction incomplète et intermittente".

DOCUMENT 2:

Extrait de l'arrêt CE, 28 juin 1918, «HEYRIES».

C.E., 28 juin 1918, Heyriès

(Rec., p. 651)

(Req. 63.412 - MM. Benoist, *rapp.* ; A. Ripert, *c. du g.* ; Me Frénoy, *av* .)

Vu la requête présentée par le sieur Heyriès, ex-dessinateur civil de 2e classe du génie militaire..., tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler la décision, en date du 22 oct. 1916, par laquelle le ministre de la Guerre l'a revoqué de ses fonctions ;

Vu les décrets des 10 et 16 sept. 1914 ; la loi constitutionnelle du 25 févr.1875, art. 3 ;

1. Considérant que, pour demander l'annulation, pour excès de pouvoir de la décision, en date du 22 oct. 1916, qui l'a révoqué de son emploi de dessinateur de deuxième classe du génie, le sieur Heyriès soutient, d'une part, qu'il avait droit à la communication des pièces de son dossier en vertu de l'art. 65 de la loi du 22 avr. 1905, dont l'application n'a pu être suspendue par le décret du 10 sept. 1914 ; d'autre part, que, en tout cas, les formalités prévues au décret du 16 sept. 1914 n'ont pas été observées ;

Sur le premier point :

2. Cons. que, par l'art. 3 de la loi constitutionnelle du 25 févr. 1875, le Président de la République est placé à la tête de l'Administration française et chargé d'assurer l'exécution des lois ; qu'il lui incombe, dès lors, de veiller à ce qu'à toute époque les services publics, institués par les lois et règlements soient en état de fonctionner, et à ce que les difficultés résultant de la guerre n'en paralysent pas la marche ; qu'il lui appartenait, à la date du 10 sept. 1914, à laquelle est intervenu le décret dont la légalité est contestée, d'apprécier que la communication, prescrite par l'art. 65 da la loi du 22 avr. 1905, à tout fonctionnaire de son dossier préalablement à toute sanction disciplinaire, était, pendant la période des hostilités, de nature à empêcher dans un grand nombre de cas l'action disciplinaire de s'exercer et d'entraver le fonctionnement des diverses administrations nécessaires à la vie nationale ; qu'à raison des conditions dans lesquelles s'exercaient, en fait, à cette époque, les pouvoirs publics, il avait la mission d'édicter lui-même les mesures indispensables pour l'exécution des services publics placés sous son autorité ;

3. Cons. qu'en décidant, par le décret pris à la date susindiquée, que l'application de l'art. 65 serait suspendue provisoirement pendant la durée de la guerre, avec faculté pour les intéressés de se pourvoir après la cessation des hostilités en révision des décisions qui auraient été ainsi prises à leur égard, le Président de la République n'a fait qu'user légalement des pouvoirs qu'il tient de l'art. 3 de la loi constitutionnelle du 25 févr. 1875, et qu'ainsi, la décision du ministre de la Guerre, rendue conformément aux dispositions dudit décret, n'est pas entachée d'excès de pouvoir

- Document n°2 page 1 -

DOCUMENT 3:

Extrait de la Constitution du 27 octobre 1946.

Constitution du 27 octobre 1946, IVe République.

Préambule

Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

Il proclame, en outre, comme particulièrement nécessaires à notre temps, les principes politiques, économiques et sociaux ci-après :

(...)

Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent.

Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises.

Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité.

(...)

_ Document n°3 1 page _

DOCUMENT 4:

Arrêt CE, 7 juillet 1950, «DEHAENE».

Conseil d'Etat
statuant
au contentieux

N° 01645
Publié au recueil Lebon
ASSEMBLEE

M. Cassin, président
M. Jean Donnedieu de Vabres, rapporteur
M. Gazier, commissaire du gouvernement

lecture du vendredi 7 juillet 1950

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Vu la requête présentée par le sieur DEHAENE Charles , chef de bureau à la Préfecture d'Indre-et-Loire, ladite requête enregistrée au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat le 10 mars 1949, et tendant à ce qu'il plaise au Conseil annuler : 1° un arrêté du préfet d'Indre-et-Loire en date du 13 juillet 1948 le suspendant de ses fonctions ; 2° un arrêté du préfet d'Indre-et-Loire en date du 30 juillet 1948 lui infligeant un blâme ; Vu la Constitution de la République française ; Vu les lois du 19 octobre 1946, du 27 décembre 1947 et du 28 septembre 1948 ; Vu l'ordonnance du 31 juillet 1945 ;

En ce qui concerne la mesure de suspension :
Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que la mesure de suspension dont le sieur DEHAENE a été frappé le 13 juillet 1948 a été rapportée le 20 juillet 1948, antérieurement à l'introduction du pourvoi ; qu'ainsi la requête est, sur ce point, sans objet ;
En ce qui concerne le blâme : Considérant que le sieur DEHAENE soutient que cette sanction a été prise en méconnaissance du droit de grève reconnu par la Constitution ;

Considérant qu'en indiquant, dans le préambule de la Constitution, que "le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent", l'assemblée constituante a entendu inviter le législateur à opérer la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève constitue l'une des modalités, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel elle peut être de nature à porter atteinte ;
Considérant que les lois des 27 décembre 1947 et 28 septembre 1948, qui se sont bornées à soumettre les personnels des compagnies républicaines de sécurité et de la police à un statut spécial et à les priver, en cas de cessation concertée du service, des garanties disciplinaires, ne sauraient être regardées, à elles seules, comme constituant, en ce qui concerne les services publics, la réglementation du droit de grève annoncée par la Constitution ;
Considérant qu'en l'absence de cette réglementation, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit, comme à tout autre, en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public ; qu'en l'état actuel de la législation il appartient au gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-même, sous le contrôle du juge, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue desdites limitations ;
Considérant qu'une grève qui, quel qu'en soit le motif, aurait pour effet de compromettre dans ses attributions essentielles l'exercice de la fonction préfectorale porterait une atteinte grave à l'ordre public ; que dès lors le gouvernement a pu légalement faire interdire et réprimer la participation des chefs de bureau de préfecture à la grève de juillet 1948 ;
Considérant qu'il est constant que le sieur DEHAENE, chef de bureau à la préfecture d'Indre-et-Loire, a, nonobstant cette interdiction, fait grève du 13 au 20 juillet 1948 ; qu'il résulte de ce qui précède que cette attitude, si elle a été inspirée par un souci de solidarité, n'en a pas moins constitué une faute de nature à justifier une sanction disciplinaire ; qu'ainsi le requérant n'est pas fondé à soutenir qu'en lui infligeant un blâme le préfet d'Indre-et-Loire a excédé ses pouvoirs ;

DECIDE :

Article 1er - La requête susvisée du sieur DEHAENE est rejetée.
Article 2 - Expédition de la présente décision sera transmise au ministre de l'Intérieur.

- Document n° 4 page 2 -

DOCUMENT 5:

Loi n° 66-777 du 31 Juillet 1963 relative à certaines modalités de la grève dans les services publics.

LOI n° 63-777 du 31 juillet 1963 relative à certaines modalités de la grève dans les services publics (1).

L'Assemblée nationale et le Sénat ont délibéré,

L'Assemblée nationale a adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Art. 1er. — Les dispositions de la présente loi s'appliquent aux personnels civils de l'Etat, des départements et des communes comptant plus de dix mille habitants, ainsi qu'aux personnels des entreprises, des organismes et des établissements publics ou privés lorsque ces entreprises, organismes ou établissements sont chargés de la gestion d'un service public. Ces dispositions s'appliquent notamment aux personnels des entreprises visées par le décret prévu à l'alinéa 2 de l'article 31-o du livre Ier du code du travail.

Art. 2. — Les litiges collectifs intervenant entre les personnels et les collectivités, entreprises, organismes et établissements visés à l'article 1er de la présente loi font l'objet de négociations soit lorsque des conventions, accords ou protocoles ont été passés à cet effet conformément aux dispositions de la loi n° 50-205 du 11 février 1950 modifiée, soit lorsque les parties intéressées en prennent l'initiative, notamment en application des dispositions qui les régissent.

Art. 3. — Lorsque les personnels visés à l'article 1er de la présente loi font usage du droit de grève, la cessation concertée du travail doit être précédée d'un préavis.

Le préavis émane de l'organisation ou d'une des organisations syndicales les plus représentatives sur le plan national, dans la catégorie professionnelle ou dans l'entreprise, l'organisme ou le service intéressé. Il précise les motifs du recours à la grève.

Le préavis doit parvenir cinq jours francs avant le déclenchement de la grève à l'autorité hiérarchique ou à la direction de l'établissement, de l'entreprise ou de l'organisme intéressé. Il fixe le lieu, la date et l'heure du début ainsi que la durée, limitée ou non, de la grève envisagée.

Le préavis ne met pas obstacle à la négociation en vue du règlement du conflit.

Art. 4. — En cas de cessation concertée de travail des personnels visés par l'article 1er de la présente loi, l'heure de cessation et celle de reprise du travail ne peuvent être différentes pour les diverses catégories ou pour les divers membres du personnel intéressé.

Des arrêts de travail affectant par échelonnement successif ou par roulement concerté les divers secteurs ou les diverses catégories professionnelles d'un même établissement ou service ou les différents établissements ou services d'une même entreprise ou d'un même organisme ne peuvent avoir lieu.

Art. 5. — L'inobservation des dispositions de la présente loi entraîne l'application, sans autre formalité que la communication du dossier, des sanctions prévues par les statuts ou par les règles concernant les personnels intéressés.

Toutefois, la révocation et la rétrogradation ne peuvent être prononcées qu'en conformité avec la procédure disciplinaire normalement applicable. Lorsque la révocation est prononcée à ce titre, elle ne peut l'être avec perte des droits à la retraite.

Art. 6. — En ce qui concerne les personnels visés à l'article 1er de la présente loi, non soumis aux dispositions de l'article 4 de la loi n° 61-825 du 29 juillet 1961, l'absence de service fait par suite de cessation concertée du travail entraîne une réduction proportionnelle du traitement ou salaire et de ses compléments autres que les suppléments pour charges de famille. Toutefois, quel que soit le mode de rémunération, la cessation du travail pendant une durée inférieure à une journée de travail donne lieu à une retenue égale à la rémunération afférente à cette journée.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 31 juillet 1963.

C. DE GAULLE.

Par le Président de la République :

Le Premier ministre,
GEORGES POMPIDOU.

Le ministre de l'intérieur,
ROGER FREY.

Le ministre d'Etat chargé de la réforme administrative,
LOUIS JOXE.

Le ministre des travaux publics et des transports,
MARC JACQUET.

Le ministre des finances et des affaires économiques,
VALÉRY GISCARD D'ESTAING.

Le ministre du travail,
GILBERT GRANDVAL.

Le ministre de l'industrie,
MICHEL MAURICE-BOKANOWSKI.

Loi n° 63-777. TRAVAUX PRÉPARATOIRES (1)

Assemblée nationale :

Projet de loi n° 193 ;
Rapport de M. La Combe au nom de la commission des affaires culturelles (n° 459) ;
Avis de la commission des lois (n° 461) ;
Discussion et adoption, après déclaration d'urgence, le 17 juillet 1963.

Sénat :

Projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, n° 189 (1962-1963) ;
Rapport de M. Lagrange, au nom de la commission des affaires sociales, n° 198 (1962-1963) ;
Discussion et rejet le 23 juillet 1963.

Assemblée nationale :

Rapport de M. La Combe, au nom de la commission mixte paritaire (n° 503) ;
Discussion et approbation le 25 juillet 1963

Sénat :

Rapport de M. Lagrange, au nom de la commission mixte paritaire, n° 211 (1962-1963) ;
Discussion et rejet le 26 juillet 1963.

Assemblée nationale :

Projet de loi, rejeté par le Sénat (n° 494) ;
Rapport de M. La Combe, au nom de la commission des affaires culturelles (n° 508) ;
Discussion et adoption le 26 juillet 1963.

Sénat :

Projet de loi, modifié par l'Assemblée nationale, n° 231 (1962-1963) ;
Rapport oral de M. Lagrange, au nom de la commission des affaires sociales ;
Discussion et rejet le 26 juillet 1963.

Assemblée nationale :

Projet de loi n° 512 ;
Rapport de M. La Combe, au nom de la commission des affaires culturelles (n° 513) ;
Discussion et adoption le 26 juillet 1963

- Document n°5 page 1

DOCUMENT 6:

Extrait de la décision du Conseil Constitutionnel du 25 juillet 1979 dite «Service public de la radio et de la télévision».

Décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979

Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail

Le Conseil constitutionnel,
Saisi le 28 juin 1979 par (...) Sénateurs dans les conditions prévues à l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, du texte de la loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail, telle qu'elle a été adoptée par le Parlement.

Vu la Constitution ;
Vu l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, notamment les articles figurant au chapitre II du titre II de cette ordonnance ;
Ouï le rapporteur en son rapport ;

1. Considérant qu'aux termes du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958 : "le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent " ; qu'en édictant cette disposition les constituants ont entendu marquer que le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle, mais qu'il a des limites et ont habilité le législateur à tracer celles-ci en opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte ; que, notamment en ce qui concerne les services publics, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle ; que ces limitations peuvent aller jusqu'à l'interdiction du droit de grève aux agents dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays ;
2. Considérant que les dispositions contenues au paragraphe I de l'article 26 de la loi du 7 août 1974, tel qu'il est modifié par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel, se bornent à réglementer les conditions dans lesquelles doit être déposé le préavis de grève ; que ce texte n'est contraire à aucune disposition de la Constitution ni à aucun principe de valeur constitutionnelle ;
3. Considérant qu'il en va de même des dispositions du paragraphe II du même article qui, après avoir indiqué les conditions dans lesquelles doivent être assurées la création, la transmission et l'émission des signaux de radio et de télévision, prévoit qu'un décret en Conseil d'Etat détermine les modalités d'application de ces conditions, conformément à la répartition des compétences opérée entre le domaine de la loi et celui du règlement par les articles 21, 34 et 37 de la Constitution ;
4. Considérant que si, dans ce même paragraphe II de l'article unique de la loi, le législateur fait usage du terme "requérir", s'agissant des appels qui peuvent être éventuellement adressés aux catégories de personnels dont le concours peut être indispensable pour l'exécution de la mission ci-dessus rappelée des sociétés de programme et de l'établissement public de diffusion, il résulte clairement des débats parlementaires et des déclarations faites à cette occasion par le ministre de la

- Document n°6 page 1 -

culture et de la communication qu'en usant de ce terme la loi ne se réfère pas au droit de réquisition tel qu'il résulte de l'ordonnance du 6 janvier 1959 et des autres textes qui régissent ce droit ; que le paragraphe II ne peut donc, de ce fait, être entaché de non conformité à la Constitution ;
5. Mais, Considérant qu'en prévoyant dans la première phrase du paragraphe III de la loi que : "lorsque les personnels des sociétés nationales de programme de télévision sont en nombre insuffisant pour assurer le service normal, le président de chaque société peut, si la situation l'exige, requérir les catégories de personnels ou les agents qui doivent demeurer en fonctions pour assurer la continuité des éléments du service nécessaires à l'accomplissement des missions définies aux articles 1er et 10", le législateur permet aux présidents des sociétés, lorsqu'une cessation concertée du travail empêche l'exécution du service normal et afin de garantir que soit cependant assurée la généralité des missions dont il assigne l'accomplissement à ces sociétés, de faire obstacle à l'exercice du droit de grève dans des cas où son interdiction n'apparaît pas justifiée au regard des principes de valeur constitutionnelle ci-dessus rappelés ; que, dès lors, les dispositions contenues dans cette phrase doivent être regardées comme non conformes à ces principes en tant qu'elles font référence, d'une part, à l'exécution d'un service normal, d'autre part à l'accomplissement des missions définies aux articles 1er et 10 de la loi du 7 août 1974 ;
6. Considérant en conséquence que les termes suivants du paragraphe III de l'article 26 de la loi du 7 août 1974, tel qu'il est modifié par l'article unique de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel : "pour assurer le service normal" et "nécessaires à l'accomplissement des missions définies aux articles 1er et 10" doivent être regardés comme ayant été adoptés en méconnaissance de ces principes ;
7. Considérant qu'il ne résulte ni des dispositions précitées ni les débats auxquels l'examen de la proposition de loi a donné lieu devant le Parlement que lesdites dispositions soient inséparables de l'ensemble du texte de la loi déférée au Conseil constitutionnel,

Décide :
Article premier :
Sont déclarés non conformes à la constitution les termes suivants du paragraphe III de l'article 26 de la loi du 7 août 1974 tel qu'il a été modifié par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel : "pour assurer le service normal" et "nécessaires à l'accomplissement des missions définies aux articles 1er et 10".
Article 2 :
Les autres dispositions de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel sont déclarées conformes à la Constitution.

Journal officiel du 27 juillet 1979, p.
Recueil, p. 33

- Document n°6 page 2 -

DOCUMENT 7:

Extrait de l'arrêt CE, 13 juin 1980, «BONJEAN».

C.E., 13 juin 1980, Mme Bonjean

(...) Considérant, en premier lieu, que par délibération en date du 18 octobre 1975, le Conseil de l'Université scientifique et médicale de Grenoble a décidé, pour des motifs tirés de l'insuffisance des dotations attribuées à cette Université que les enseignements seraient suspendus dans cet établissement à partir du 29 octobre 1975 ; que devant cette violation du principe fondamental de la continuité du service public, le recteur de l'académie de Grenoble, chancelier de cette Université a, le 29 octobre 1975, fait connaître à tous les membres du personnel enseignant qu'ils étaient tenus de remplir intégralement leurs obligations de service et que « les services non assurés ...entraîneront la retenue normale du salaire ;
Que par suite, la requérante n'est, en tout état de cause, pas fondée à se prévaloir utilement de la délibération précitée pour soutenir qu'elle ne pouvait subir des retenues sur sa rémunération en raison de l'inexécution de son service d'enseignement. ; (...)

- Document n°7 page 1 -

DOCUMENT 8:

Extrait de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.
Loi dite loi Le Pors.

Article 1

La présente loi constitue, à l'exception de l'article 31, le titre Ier du statut général des fonctionnaires de l'Etat et des collectivités territoriales.

Chapitre II : Garanties

Article 8

Modifié par LOI n°2010-751 du 5 juillet 2010 - art. 1

Le droit syndical est garanti aux fonctionnaires. Les intéressés peuvent librement créer des organisations syndicales, y adhérer et y exercer des mandats. Ces organisations peuvent ester en justice.

Elles peuvent se pourvoir devant les juridictions compétentes contre les actes réglementaires concernant le statut du personnel et contre les décisions individuelles portant atteinte aux intérêts collectifs des fonctionnaires.

Article 8 bis

Créé par LOI n°2010-751 du 5 juillet 2010 - art. 1

I. - Les organisations syndicales de fonctionnaires ont qualité pour participer au niveau national à des négociations relatives à l'évolution des rémunérations et du pouvoir d'achat des agents publics avec les représentants du Gouvernement, les représentants des employeurs publics territoriaux et les représentants des employeurs publics hospitaliers.

II. - Les organisations syndicales de fonctionnaires ont également qualité pour participer, avec les autorités compétentes, à des négociations relatives :

1° Aux conditions et à l'organisation du travail, et au télétravail ;

2° Au déroulement des carrières et à la promotion professionnelle ;

3° A la formation professionnelle et continue ;

4° A l'action sociale et à la protection sociale complémentaire ;

5° A l'hygiène, à la sécurité et à la santé au travail ;

6° A l'insertion professionnelle des personnes handicapées ;

7° A l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes.

III. -Sont appelées à participer aux négociations mentionnées aux I et II les organisations syndicales disposant d'au moins un siège dans les organismes consultatifs au sein desquels s'exerce la participation des fonctionnaires et qui sont déterminées en fonction de l'objet et du niveau de la négociation.

III. - (...)

- Document n°8 page 1 -

DOCUMENT 9:

Extrait de l'arrêt CE, 30 novembre 1998, «C. et autres».

Conseil d'Etat
statuant
au contentieux

N° 183359
Mentionné dans les tables du recueil Lebon
(...)

lecture du lundi 30 novembre 1998

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Vu les autres pièces du dossier ;Vu la loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970, modifiée ;Vu la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 ;Vu la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 ;Vu la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 ;Vu la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 ;Vu le code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel ;Vu l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, le décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 et la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987

Considérant qu'en raison d'une grève des infirmiers spécialisés en anesthésie et en réanimation, commencée le 21 mai 1991 et poursuivie pour une durée qualifiée d'illimitée par ses organisateurs, le directeur du Centre hospitalier intercommunal de Tarbes Vic-en-Bigorre a modifié, par la décision du 7 juin 1991, dont Mme C... et autres, infirmiers anesthésistes, demandent l'annulation, le tableau du service minimum mis en place dans les salles de réveil des blocs opératoires ; qu'il a ainsi prévu la présence d'un infirmier supplémentaire de 10 H à 18 H, du lundi au vendredi, à compter du lundi 10 juin 1991 ; qu'il a, par la même décision, désigné les personnels grévistes affectés à ce service minimum ;

Sur la légalité externe de la décision attaquée :

Considérant que, eu égard à son objet, cette décision n'avait pas à être précédée de la consultation de la commission médicale d'établissement et du comité technique paritaire, dans les conditions respectivement prévues par l'article 24 de la loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970, portant réforme hospitalière, alors en vigueur, et par l'article 24 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986, portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière ;

Considérant qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'imposait au directeur du centre hospitalier de consulter les organisations syndicales ;

Considérant que le fait que ces organisations n'auraient pas reçu notification de la liste nominative des agents dont la présence était indispensable et auxquels l'exercice

du droit de grève était provisoirement interdit, est sans influence sur la légalité de la décision attaquée ;

Considérant que celle-ci ne constitue pas une décision individuelle défavorable, au sens de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 ; qu'elle n'avait donc pas à être motivée ;

Sur la légalité interne :

Considérant qu'en indiquant, dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 que "le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent", l'Assemblée constituante a entendu inviter le législateur à opérer la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels dont la grève constitue une des modalités et la sauvegarde de l'intérêt général auquel elle peut être de nature à porter atteinte ;

Considérant qu'au terme de l'article 10 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires, ceux-ci "exercent le droit de grève dans le cadre des lois qui le réglementent" ; qu'en l'absence d'une telle réglementation, il revient aux chefs de services, responsables du bon fonctionnement des services placés sous leur autorité, de fixer eux-mêmes, sous le contrôle du juge, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue des limitations à apporter au droit de grève en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public ou aux besoins essentiels de la Nation ;

Considérant qu'à la date à laquelle le directeur du Centre hospitalier intercommunal de Tarbes Vic-en-Bigorre a décidé d'accroître d'une personne les effectifs nécessaires à la continuité du service dans les salles de réveil des blocs opératoires, la grève de durée illimitée des infirmiers spécialisés en anesthésie et en réanimation, était commencée depuis dix-huit jours ; que, eu égard à ces circonstances, la décision prise par le directeur du centre hospitalier, en vue d'assurer l'indispensable continuité du service, n'a pas porté une atteinte excessive au droit de grève des infirmiers spécialisés en anesthésie et en réanimation, en fixant à trois, au lieu de cinq ou six en temps normal, le nombre de ceux qui devaient être présents dans les salles de réveil des blocs opératoires durant la journée ; que, pour déterminer les effectifs jugés ainsi nécessaires, le directeur a pu légalement prendre en compte l'ensemble des besoins des blocs opératoires et non seulement celui des urgences ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que Mme C... et autres ne sont pas fondés à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Pau a rejeté leur demande tendant à l'annulation de la décision du directeur du Centre hospitalier intercommunal de Tarbes-Vic-en-Bigorre du 7 juin 1991 ;

Considérant que les dispositions de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991 font obstacle à ce que le Centre hospitalier intercommunal de Tarbes Vic-en-Bigorre, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, soit condamné à payer à Mme C... et autres la somme qu'ils demandent au titre des frais exposés par eux et non compris dans les dépens ;
Article 1er : La requête de Mme C... et autres est rejetée.
Article 2 : La présente décision sera notifiée à Mme Martine C..., à Mme Françoise Y..., à Mme Françoise X..., à Mme Nicole A..., à Mme Liliane Z..., à M. Serge B..., au Centre hospitalier intercommunal de Tarbes Vic-en-Bigorre et au ministre de l'emploi et de la solidarité.

- Document n°9 page 2 -

DOCUMENT 10:

Arrêt CE, 27 septembre 2000, «ROCCA».

Conseil d'Etat
Sous-sections 4 et 6 réunies
Premier ressort
27 Septembre 2000

Annulation

N° 189318
N° de rôle 205
Publié au Recueil Lebon
Rocca

M. Genevois, Président
Mme Dumortier, Rapporteur
Mme Roul, Commissaire du Gouvernement

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête enregistrée le 30 juillet 1997 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, sous le n ° 189006, présentée par M. Pierre ROCCA demeurant 244, chemin de Morgiou à Marseille (13009) ;
M. ROCCA demande au Conseil d'Etat l'annulation pour excès de pouvoir : 1°) du tableau d'avancement au grade de président de section de chambre régionale des comptes au titre de 1997 ; 2°) du décret du 30 mai 1997 portant promotion dans les chambres régionales des comptes en tant qu'il porte promotion au même grade ; 3°) des arrêtés des 30 mai 1997 et 9 juin 1997 portant affectation de présidents de section de chambre régionale des comptes ;
Vu les autres pièces du dossier ;
Vu le code des juridictions financières ;
Vu le décret n° 82-970 du 16 novembre 1982 pris pour l'application de la loi n° 82-595 du 10 juillet 1982 relative aux présidents des chambres régionales des comptes et au statut des membres des chambres régionales des comptes ;
Vu l'ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, le décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 et la loi n ° 87-1127 du 31 décembre 1987 ;
Après avoir entendu en audience publique :
- le rapport de Mme Dumortier, Auditeur,
- les conclusions de Mme Roul, Commissaire du gouvernement ;
Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête :

Considérant que le deuxième alinéa de l'article 18 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires prescrit qu'il ne puisse être "fait état dans le dossier d'un fonctionnaire, de même que dans tout document administratif, des opinions ou des activités politiques, syndicales, religieuses ou philosophiques de l'intéressé" ; que la même loi dispose dans son article 8 que "le droit syndical est garanti aux fonctionnaires" ; qu'à l'effet de faciliter l'exercice de ce droit, le décret n° 82-447 du 28 mai 1982, modifié par le décret n° 84-954 du 25 octobre

1984, prévoit des possibilités d'autorisations spéciales d'absence et de décharges d'activités de service au bénéfice des fonctionnaires investis d'un mandat syndical ;
Considérant qu'il résulte de ces dispositions combinées qu'il ne saurait être fait grief à un fonctionnaire de distraire une partie de son temps de service pour exercer des activités syndicales dès lors que lui a été accordée une dispense de ce chef ; que si, en raison même de l'octroi d'une autorisation spéciale d'absence ou de dispenses d'activité de service, il peut être légalement fait mention de l'existence du mandat syndical ayant motivé l'intervention de telles mesures, le respect dû tant à la liberté d'opinion des fonctionnaires qu'à la liberté syndicale implique qu'une mention de ce type ne puisse s'accompagner d'une quelconque appréciation portée par l'autorité administrative sur la manière dont l'intéressé exerce ses activités syndicales ;
Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que dans les documents soumis au Conseil supérieur des chambres régionales des comptes en vue de l'établissement du tableau d'avancement au grade de président de section au titre de l'année 1997, il était fait grief à M. ROCCA d'exercer des activités syndicales, alors que lui avait été accordée une dispense pour l'exercice de celles-ci ; qu'ainsi, le dossier au vu duquel a été établi le tableau d'avancement au grade de président de section de chambre régionale des comptes au titre de l'année 1997 est entaché d'illégalité ; que le requérant est par suite fondé à demander l'annulation de ce tableau ainsi que du décret du 30 mai 1997 et des arrêtés des 30 mai 1997 et 9 juin 1997 pris sur son fondement ;

DECIDE

Article 1er : Le tableau d'avancement au grade de président de section de chambre régionale des comptes au titre de 1997, le décret du 30 mai 1997 portant promotion dans les chambres régionales des comptes en tant qu'il porte promotion au même grade et les arrêtés des 30 mai 1997 et 9 juin 1997 portant affectation de présidents de section de chambre régionale des comptes sont annulés.
Article 2 : La présente décision sera notifiée à M. Pierre ROCCA, au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, au ministre de la fonction publique et de la réforme de l'Etat, au Premier président de la Cour des comptes, à M. Pierre Alain Baudet, à Mme Marie-France Goetz, à MM. Paul Hernu et Franz Le Barbier, à Mme Françoise Leprêtre, à MM. Alain Leyat, Thierry Mourier des Gayets, René-Adrien Pentecote, Jean-Claude Pilato, Christophe Rosenau, Francis Salsmann et Jean-Claude Wathelet.

Résumé:

Il résulte des dispositions combinées des art. 8 et 18 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, et du décret du 28 mai 1982 modifié par le décret du 25 octobre 1984, qu'il ne saurait être fait grief à un fonctionnaire de distraire une partie de son temps de service pour exercer des activités syndicales dès lors que lui a été accordée une dispense de ce chef. Si, en raison même de l'octroi d'une autorisation spéciale d'absence ou de dispenses d'activité de service, il peut être légalement fait mention de l'existence du mandat syndical ayant motivé l'intervention de telles mesures, le respect dû tant à la liberté d'opinion des fonctionnaires qu'à la liberté syndicale implique qu'une mention de ce type ne puisse s'accompagner d'une quelconque appréciation portée par l'autorité administrative sur la manière dont l'intéressé exerce ses activités syndicales.

DOCUMENT 11:

Extrait de rapport de commission du Sénat concernant une proposition de loi sur le service minimum.

SÉNAT
SESSION ORDINAIRE DE 1998-1999
Extrait de RAPPORT
Service public.

TRAVAUX DE LA COMMISSION

Réunie le ***mercredi 3 février 1999*** *sous la présidence de* ***M. Jean Delaneau, président****, la commission a procédé à* ***l'examen du rapport de M. Claude Huriet*** *sur la* ***proposition de loi n° 491*** *(1997-1998) de M. Philippe Arnaud et plusieurs de ses collègues, tendant à assurer un* ***service minimum*** *en cas de grève* ***dans les services et entreprises publics****.*

AVANT-PROPOS

Mesdames, Messieurs,

Saisie d'une proposition de loi de plusieurs collègues du groupe de l'Union centriste, tendant à assurer un service minimum en cas de grève dans les services et entreprises publics, votre commission a procédé à un large programme d'auditions -dont une journée d'auditions publiques- afin d'entendre sur cette question les organisations syndicales, les dirigeants des principales entreprises publiques et les représentants des usagers.

(...)

Ce faisant, votre commission a souhaité mettre à la disposition de chacun, un grand nombre de points de vue et une information complète propre à éclairer la réflexion sur un problème lancinant : celui des conflits sociaux dans le secteur public et leurs conséquences sur la continuité d'un service public auquel chacun est naturellement attaché.

(....)

Un grand journal du soir concluait ainsi récemment son éditorial[1](*) : " *Comment faut-il réorganiser l'Etat pour que les services qu'il rend aux citoyens soient de qualité telle qu'ils justifient le niveau de prélèvement fiscal dans le pays ? De la réponse à cette question dépend le maintien du service public à la française, auquel une majorité de Français sont légitimement attachés. Faute de se réorganiser (...), c'est l'Etat qui portera lui-même le plus mauvais coup à la notion de service public.* "

C'est cette démarche qui a inspiré les travaux de votre commission.

Votre rapporteur est parti d'un triple constat:

-Premier constat : les services publics se trouvent dans une situation paradoxale : une contrainte constitutionnelle qui est aussi un principe fondateur -la continuité du service- s'impose à eux ; ils affichent néanmoins un taux de grève sans commune mesure avec celui observé dans le secteur privé.

-*Deuxième constat* : la grève est un échec, l'échec du dialogue social dans le secteur public.
Le Sénat, au travers des travaux de sa commission des finances, avait constaté l'échec de " l'Etat actionnaire ". Il n'a guère été démenti par les sinistres qui ont affecté depuis lors le secteur public et la politique de privatisation qui s'est développée au-delà des alternances politiques en est une conséquence.
Il est temps désormais de porter remède à l'échec de " l'Etat employeur ".
Votre rapporteur estime indispensable que soit entreprise une modernisation du service public, notamment, de ses méthodes de gestion des ressources humaines et souhaite favoriser toutes les procédures permettant de favoriser le dialogue et l'évolution d'une culture qui, aujourd'hui, est encore trop souvent marquée par l'affrontement.
-*Troisième constat* : le service minimum est un pis-aller dont on ne saurait se satisfaire. Il est urgent que soient dépassées l'opposition entre le respect du droit de grève et le respect du principe de continuité du service qui se traduit par la querelle sur la nature et l'ampleur d'un service minimum.

Aujourd'hui, on trouve rarement dans le discours des entreprises publiques la référence à l'usager ou à la continuité du service. M. Louis Gallois, lorsqu'il évoque les grèves à répétition à la SNCF, ne s'inquiète pas d'abord de l'embarras des usagers ou du respect d'un principe constitutionnel, il déplore leurs " *conséquences sérieuses en termes de recettes et d'image commerciale* " et annonce que la SNCF " *(va) très vite répartir à la conquête de (ses) clients* "[2(*)].
(...)

* *

I. LA CONFLICTUALITÉ DANS LES SERVICES PUBLICS : UN PROBLÈME LANCINANT

La multiplicité des grèves dans les services publics est paradoxale dans un secteur régi en principe par le principe de continuité. Le législateur a toujours hésité à tenter de réconcilier les deux principes malgré de multiples initiatives.

A. UNE SITUATION PARADOXALE

1. La continuité au coeur du service public

L'ampleur et le caractère répétitif des grèves dans les services publics sont à l'évidence troublants dans un pays -le nôtre- qui a théorisé à son plus haut niveau la notion de service public, comme si le principe de réalité se jouait avec ironie de la force des principes.
En germe dans l'arrêt *Blanco* du Conseil d'Etat de 1873, la notion de " service public " qui recouvre, aux termes de la jurisprudence administrative, toute activité d'intérêt général assurée par une collectivité publique ou assurée sous son contrôle par une personne de droit privé, est en quelque sorte la " pierre angulaire du droit administratif " pour reprendre l'expression de Gaston Gèze.
De fait, le service public en France n'est pas seulement un concept juridique mais aussi un instrument de politique économique, voire une conception du lien social.
En témoigne la diversité des significations de l'expression : *" Dans la tradition française, on use indifféremment de la notion service public pour désigner la substance d'une activité (le service public de l'énergie), des impératifs sociaux ou d'aménagement du territoire (les missions de service public), un statut (la fonction publique assimilée au service public), un mode de propriété et de gestion (l'entreprise publique), une éthique (servir) : pluralité d'usages qui permet toutes les*

- Document n° 11 page 2

appropriations. "[3](*).
Pour Léon Duguit, la caractéristique de l'Etat républicain, c'est de se fonder sur le service public qui est l'instrument qui permet à l'intérêt général de transcender les intérêts particuliers et d'assurer la cohésion sociale. *" L'exception française se nourrit du mythe de l'unicité, de la singularité et de l'excellence du service public "*[4](*).
La tradition juridique républicaine confortée par le compromis passé avec les syndicats en position dominante à la Libération, crée une identification forte entre les statuts, les services publics et la notion de monopole.

Dans cette perspective, le principe de continuité est l'un des **éléments fondateurs du service public**.
Traditionnellement, la jurisprudence administrative considère que le service public se caractérise par trois principes : principe **d'adaptation au changement** imposé par la puissance publique, principe **d'égalité de traitement** des usagers et enfin principe de **continuité**.
C'est notamment ce dernier principe qui justifie que les salariés de droit privé des entreprises chargées d'un service public industriel et commercial bénéficient d'éléments statutaires tels que la garantie de l'emploi.
C'est le principe de continuité qui a justifié la création d'avantages sociaux spécifiques : les caisses de retraite des cheminots ont été créées au XIX^{ème} siècle, car les sociétés de chemins de fer y voyaient un élément attractif de nature à retenir des salariés alors naturellement mobiles et à favoriser la stabilité nécessaire à la formation d'une main-d'oeuvre qualifiée.

2. Une conflictualité anormalement élevée

Il est donc aujourd'hui particulièrement paradoxal que les journées de grève soient d'une manière prépondérante, le fait de personnels opérant dans des secteurs où devrait s'appliquer le principe de continuité.
L'évolution de la conflictualité peut être analysée à travers le nombre de *journées individuelles non travaillées* (JINT).
(...)
Il est alors frappant de constater que la fonction publique, entendue au sens large dans les statistiques disponibles[5](*), qui représente environ le quart de la population active, est à l'origine respectivement de 64 % et de 61 % des jours de grève en 1995 et en 1996, c'est-à-dire de **la majorité de ces conflits sociaux.**

Les grèves dans la fonction publique et les entreprises (privées et nationalisées)

en JINT (*)

Années	Fonction publique (**)	Entreprises privées et publiques nationalisées	Total	Secteur privé et nationalisé par rapport au total (en %)
1982	126.000	2.327.200	2.453.200	95

- Document n° 11 page 3 -

1983	333.000	1.483.500	1.816.500	82
1984	974.900	1.357.000	2.331.900	58
1985	341.000	884.900	1.225.900	72
1986	853.000	1.041.500	1.894.500	55
1987	784.900	969.000	1.753.900	55
1988	686.000	1.242.200	1.928.200	64
1989	2.322.000	904.400	3.226.400	28
1990	573.900	693.700	1.267.600	55
1991	239.000	665.500	904.500	74
1992	218.000	490.500	708.500	69
1993	368.500	533.200	921.700	58
1994	226.600	521.000	747.600	70
1995	3.762.700	2.120.500	5.883.200	36
1996 (***)	685.916	447.775	1.133.691	39
1997	382.916	455.099	838.015	54

(*) : Journées individuelles non travaillées à l'occasion de conflits localisés et généralisés.

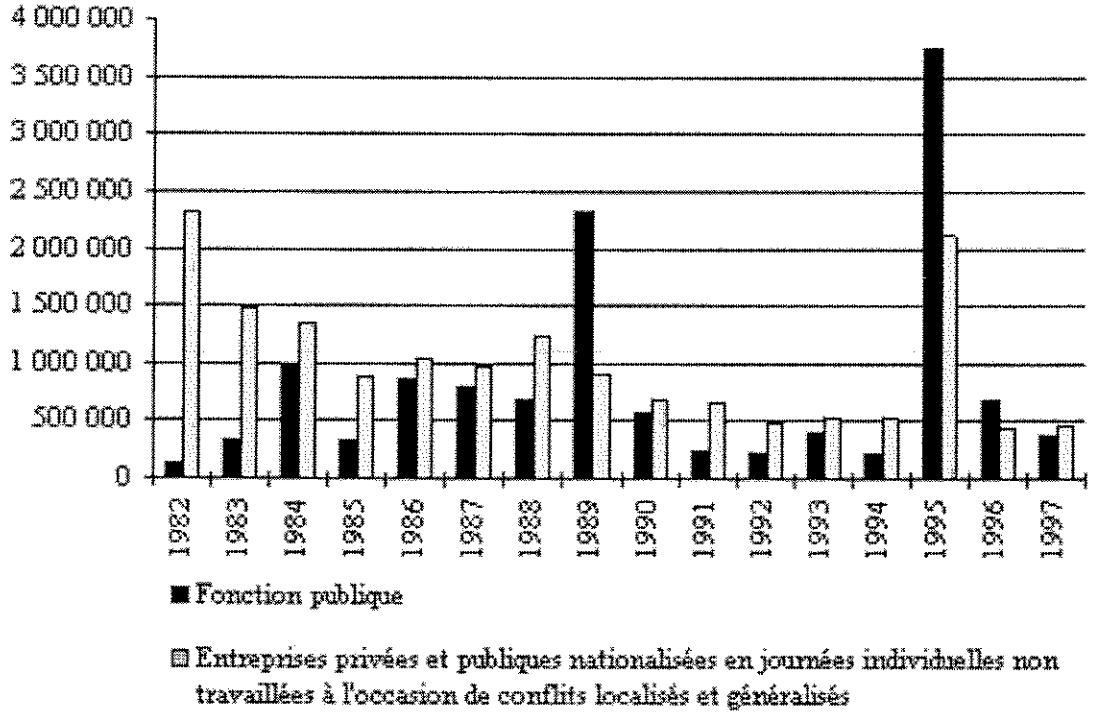
(**) : Il s'agit des jours de grève dans la Fonction publique d'Etat (y compris France-Télécom), à l'exclusion de la Fonction publique territoriale et de la Fonction publique hospitalière (les chiffres de 1988 ne comprennent donc pas la grève des infirmières, et ceux de 1997, la grève des internes des CHU).

(***) : En 1996 les chiffres de la Fonction publique sont donnés sans France-Télécom ni La Poste.

- Document n° 11 page 4 -

Source : MES-DARES, DGAFP in Premières synthèses 99-01 n° 02-1.

Les conflits du travail tous secteurs confondus (1)



Champ : Ministère de l'emploi et de la solidarité et Fonction publique de l'Etat

(1) Hors Fonction publique hospitalière et territoriale, et pour 1996, hors Poste et France-Télécom.

Source : MES-DARES, DGAFP.

A lui seul, ce chiffre est révélateur, encore ne recouvre-t-il qu'une partie de la réalité tant les statistiques disponibles sur les grèves dans le secteur public sont imparfaites.
(...)
Comme le fait remarquer M. Guy Naulin dans son avis récent du Conseil économique et social[6(*)], il est **impossible d'avoir une vision globale de la conflictualité dans les services publics** : " *tenter de l'analyser peut-être qualifié de véritable gageure* ".
(...)
Mais il convient de rapporter l'ampleur de ces conflits à la **population active** en cause pour mesurer le caractère paradoxal de la situation.

Sur une population active de 25,6 millions d'individus, la fonction publique (Etat, territoriale et hospitalière) représente environ 4,5 millions de personnes auxquels il convient d'ajouter près d'1,4 million de salariés travaillant dans le secteur public au sens large (472.000 salariés environ pour La Poste et France Telecom) et 450.000 salariés environ pour l'ensemble des entreprises publiques majoritairement contrôlées par l'Etat.
Comme l'indique M. Louis Gallois, président directeur général de la SNCF, dans un récent entretien

- Document n°11 page 5 -

au quotidien Le Monde[7](*) :
" *Il y a une disproportion entre la situation de l'entreprise et des personnels et le nombre de conflits. Avec moins de 1 % de la population active, rien ne justifie que la SNCF "produise" 20 %, 30 %, voire près de 40 % des jours de conflits en France* ".
L'année dernière, les grèves locales dans le sud-est de la France ainsi que les grèves catégorielles des contrôleurs ont effectivement considérablement augmenté le nombre de jours de grèves à la SNCF : M. Louis Gallois a confirmé le mercredi 26 janvier dernier au personnel que 1998 était une " mauvaise année " sociale pour l'entreprise publique avec 180.000 jours de grèves, soit un jour de grève par agent et 40 % des jours de grève en France[8](*).

B. UNE RÉGLEMENTATION PARCELLAIRE

Le septième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 dispose que " *le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent* ".
Dans le secteur public, le législateur s'est toujours montré réticent à édicter une réglementation d'ensemble du droit de grève, bien que la jurisprudence du Conseil constitutionnel ait clairement indiqué qu'un équilibre pouvait être institué entre le droit de grève, d'une part, et d'autres principes de valeur égale, c'est-à-dire reconnus comme principes de valeur constitutionnelle, d'autre part.

1. La jurisprudence équilibrée du Conseil Constitutionnel

Le Conseil Constitutionnel a reconnu que le législateur disposait d'une certaine latitude pour réglementer les conditions d'exercice de la grève.
C'est ainsi qu'il a considéré que le septième alinéa précité habilitait le Parlement à tracer les limites du droit de grève " *en assurant la conciliation entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte* ".

Deux principes peuvent ainsi contrebalancer le droit de grève :
- le principe de la continuité du service public ;
- le principe de la protection de la santé et de la sécurité des personnes et des biens.

Le principe de la continuité des services publics, reconnu par la décision n° 79-105 DC du 23 juillet 1979, trouve ses fondements dans le principe plus large de la continuité de la vie de l'Etat ou de la Nation : ainsi, l'article 5 de la Constitution de 1958 dispose que le Président de la République " *assure par son arbitrage (...) la continuité de l'Etat* ".
Mais il importe de souligner que le principe de continuité invoqué à l'occasion du contrôle de la *loi du 26 juillet 1979 sur la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail* est rattaché par le Conseil constitutionnel à la notion du service public et pas seulement à celle d'ordre public.

Le second principe susceptible de justifier des atteintes au droit de grève est **celui de la protection de la santé et de la sécurité des personnes et des biens**, reconnu par la décision n° 80-117 DC du 22 juillet 1980 relative au droit de grève dans les centrales nucléaires.
(...)

Le législateur peut également décider d'instituer un service minimum dans certains secteurs comme il l'a fait dans l'audiovisuel en 1979 et dans les services de la navigation aérienne en 1984.
Comme l'a rappelé M. Bruno Genevois, deux contraintes particulières pèsent sur le législateur[9](*).

- Document n° 11 page 6 -

Tout d'abord, il ne doit imposer à l'exercice du droit de grève que **les restrictions nécessaires** au regard des exigences constitutionnelles qui servent de fondement à ces limitations. C'est à ce titre que s'agissant du service public de la radiodiffusion et de la télévision ont été déclarées contraires à la Constitution les dispositions qui tendaient à imposer non pas un service minimum, mais un service normal en cas de grève.
En second lieu, le Conseil Constitutionnel laisse entendre que le législateur **ne saurait déléguer entièrement sa compétence**. S'agissant du pouvoir réglementaire, la délégation est néanmoins entendue largement puisque, s'agissant de l'organisation du service minimum, la loi peut, comme prévu dans la loi du 26 juillet 1979 précitée, renvoyer à un décret en Conseil d'Etat les modalités d'application de cette disposition.
Se poserait également la question de la validité d'un renvoi à des accords collectifs pour définir le service minimum. Sur ce point, M. Bertrand Genevois estime difficile " *une réglementation du droit de grève dans les services publics qui reposerait exclusivement sur un cadre contractuel* ".

2. L'intervention prudente du législateur

Trois types de limitations ont été édictées par le législateur.

A titre exceptionnel, certains fonctionnaires sont privés du droit de grève.

Tel est le cas pour :
- les fonctionnaires des compagnies républicaines de sécurité (*loi n° 47-2384 du 27 décembre 1947*) ;
- les personnels de police (*loi n° 48-1504 du 28 septembre 1948*) ;
- les services extérieurs de l'administration pénitentiaire (*loi n° 58-696 du 6 août 1958*) ;
- les magistrats de l'ordre judiciaire (*ordonnance n° 58-1270 du 29 décembre 1958*) ;
- les services des transmissions du ministère de l'Intérieur (*loi de Finances du 31 juillet 1978, article 14*) ;
- les ingénieurs des études et de l'exploitation de l'aviation civile (*loi du 17 juin 1971*) ;
Il est à noter que, de 1964 à 1984, les contrôleurs de la navigation aérienne ont également été privés du droit de grève.

Certaines catégories d'emploi supportent des restrictions particulières visant à instaurer un service minimum. Tel est le cas dans :

- les établissements et organismes de radiodiffusion et de télévision (*loi n° 79-634 du 26 juillet 1979*) ;
- les établissements qui détiennent des matières nucléaires (*loi du 22 juillet 1980*) ;
- le domaine du contrôle et de la navigation aérienne (*loi du 31 décembre 1984*).

Enfin, sont inscrites dans le code du travail un certain nombre de dispositions applicables uniquement dans le secteur public afin d'imposer une procédure préalable à l'exercice du droit de grève dans le secteur public.

La loi du 31 juillet 1963, codifiée aux articles L. 521-2 et suivants du code du travail, précise que les grèves inopinées ou grèves surprises sont en principe interdites. Toute grève doit être précédée d'un préavis de cinq jours francs. Pendant la durée du préavis, les parties intéressées sont tenues de négocier (*cf. Annexe n° 5*).

- Document n° 11 page 7 -

3. La compétence supplétive du Gouvernement

Même en l'absence de dispositions législatives expresses, le juge administratif a toujours considéré que l'autorité responsable d'un service public était fondée à prendre des mesures restreignant le droit de grève en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public.
En effet, dans l'arrêt Dehaene du 7 juillet 1950, le Conseil d'Etat a considéré que *" la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour conséquence d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit comme à tout autre en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public ".*
" Il appartient au Gouvernement responsable du bon fonctionnement des services publics de fixer lui-même, sous le contrôle du juge la nature et l'étendue desdites limitations. ".
Il appartient donc au ministre ou au chef de service par délégation, ou encore aux organes dirigeants d'un établissement public sous tutelle, de prendre les mesures nécessaires sous le contrôle du juge administratif.
La jurisprudence administrative contrôle notamment que l'autorité responsable a fixé avec précision la liste des personnes auxquelles le droit de grève est retiré et que la présence de ces agents est bien *" indispensable pour assurer les éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays ".* La notion de " besoins essentiels " peut s'avérer plus restrictive que celle qui découlerait du simple principe de continuité puisqu'elle exige que l'atteinte au droit de grève soit justifiée par les impératifs de l'action gouvernementale ou par des nécessités des services de sécurité. Toutefois la notion de sécurité est entendue largement.
Votre rapporteur tient à souligner que le service minimum mis en place dans les établissements sanitaires, sociaux et médico-sociaux résulte de la mise en oeuvre de la jurisprudence " Dehaene ".
Ainsi, par circulaire du 4 août 1981, le ministre de la Santé a rappelé que les administrations hospitalières devaient prendre toutes dispositions pour assurer la sécurité et les soins indispensables aux pensionnaires et hospitalisés en cas de conflit social.
Il a été indiqué que le service minimum *" tel qu'il est assuré un dimanche ou un jour férié "* semblait pouvoir constituer le seuil normal de sécurité devant être respecté par les organisations syndicales.
Le dispositif a été complété par une circulaire du 15 février 1982 pour les établissements sociaux et médico-sociaux privés et du 10 mars 1982 pour les établissements sociaux du secteur public. Le service minimum doit être apprécié en déterminant un seuil de sécurité propre à chaque établissement.
Enfin, la circulaire du 22 avril 1983 a précisé que, dans les centres hospitaliers, le libre exercice du droit de grève trouve sa limite dans la nécessité d'assurer la sécurité des malades à l'hôpital.

Si la réglementation reste parcellaire, de nombreuses initiatives ont été prises pour résoudre la question de la conciliation entre le principe de continuité et le respect du droit de grève par l'édiction du service minimum.

II. LA GRÈVE : UN ÉCHEC DE L'ÉTAT EMPLOYEUR

A. UN INSTRUMENT D'EXPRESSION DES MÉCONTENTEMENTS TROP SOUVENT BANALISÉ

Pour reprendre la formule utilisée dans le *code de déontologie pour améliorer le dialogue social et assurer un service public de qualité* annexé au protocole d'accord de la RATP du 11 juin 1996, " *la grève constitue un échec du dialogue social* ".
Il existe trop souvent en France un refus obstiné de la recherche du consensus : pour des raisons

- Document n° 11 page 8 -

historiques sans doute à rechercher dans les épisodes violents de l'histoire sociale au XIX^{ème} siècle, l'idée prédomine dans notre pays que le conflit est au coeur de la relation sociale.
Conséquence de cet état d'esprit, la grève n'est plus l'arme ultime à utiliser après l'échec de toutes les procédures de négociation, mais plutôt un moyen de gestion des conflits sociaux.
Plusieurs syndicats nous ont indiqué qu'ils avaient le sentiment que c'était le degré de la réussite de la grève qui conditionnait la suite de la négociation et le succès de leurs revendications.
Symétriquement, les responsables d'entreprises publiques considèrent que les salariés ou leurs représentants ne sont que trop peu conscients des conséquences que les grèves auront pour les usagers.
A la SNCF, le fort taux de conflictualité va de pair avec la conclusion d'accords collectifs sur les travailleurs handicapés, la formation ou les facilités de circulation du personnel qui prouvent que le dialogue social n'est pas rompu. Pour autant, le salarié n'hésite pas à recourir à la grève plutôt qu'au dialogue en cas de difficulté.
A la limite, pour reprendre l'expression de M. Louis Gallois, la culture de la grève peut devenir une sorte de " drogue ". La grève peut générer un mécontentement des usagers ou des pertes de part de marché, ce qui engendrera alors une baisse d'activité elle-même à l'origine de nouvelles réductions d'effectifs qui appelleront encore de nouvelles grèves.
Dans les services publics, la procédure de préavis, voire la gestion du service minimum, fournissent des occasions de conflit.

1. Le préavis détourné

Symptomatiques d'un climat social qui se dégrade sont les détournements de la procédure de préavis, instituée par *la loi du 31 juillet 1963 relative aux modalités de la grève dans les services publics* et codifiée aux articles L. 521-2 et suivants du code du travail (*cf. Annexe n° 5*).
Toute grève doit être précédée d'un préavis de cinq jours francs[14(*)] précisant les motifs du recours à la grève ainsi que sa durée limitée ou non. Les grèves tournantes sont prohibées.

Cette obligation s'applique à l'ensemble des services publics, qu'il s'agisse de ceux assurés par les fonctionnaires de l'Etat, des collectivités territoriales ou hospitaliers ou de ceux confiés à des organismes de droit privé chargés de la gestion d'un service public.
(...)

Ce préavis a **deux finalités** :

Tout d'abord, il permet l'information des usagers et ouvre, à l'autorité responsable, la possibilité technique d'organiser un service minimum s'il en existe un.
Ensuite, il a pour objet de permettre de négocier afin d'éviter la grève : ce point était si peu compris que le législateur, lors du vote des lois " Auroux " du 19 octobre 1982, a modifié la loi du 31 juillet 1963 pour inscrire solennellement que " *pendant la durée du préavis, les parties concernées sont tenues de négocier* ". Ce point concerne aussi bien les conflits dans la fonction publique et, éventuellement, le ministre responsable, que la direction générale d'une entreprise publique.

En réalité, il est apparu à votre rapporteur, au cours de ses auditions, que trop souvent le préavis n'était entendu que comme **une période d'attente** où chacun reste sur ses gardes dans l'attente de " l'épreuve de vérité " que constituera la grève.
Au demeurant, un arrêt du Conseil d'Etat de 1986 *(Conseil d'Etat, Fédération nationale des*

- Document n° 11 page 9 -

syndicats libres des PTT, 31 octobre 1986) a précisé que rien n'obligeait l'administration à répondre au dépôt d'un préavis.
Par ailleurs, les syndicats adoptent la tactique dite des préavis *" glissants "* consistant à **déposer quotidiennement des préavis successifs** afin de pouvoir déclencher des grèves qui, si elles sont formellement régulières, n'en sont pas moins des grèves surprises.
Cette technique est incompatible avec l'idée de négociation puisque cela revient à permettre de dénaturer le principe du délai et à permettre de rompre à tout moment les éventuelles discussions.
Il convient de remarquer qu'un récent arrêt de la Cour de cassation, en date du 12 janvier 1999[15(*)], après diverses hésitations jurisprudentielles, a tranché définitivement que la grève déclenchée dans ces conditions était bien légale dès lors que l'arrêt de travail intervient au cours de la période prévue et que le premier préavis de la liste est bien régulier.
Il a été expliqué également à votre rapporteur que, dans des périodes de tension sociale, un préavis pouvait être déposé le jeudi ou le vendredi soir à 20 heures. Ainsi, compte tenu des délais de transmission entre la Direction générale et le -ou les- service(s) concerné(s) et de la période de week-end, le temps qui doit être consacré à la négociation devient insignifiant, réduit en pratique à trois, voire deux jours. A l'inverse, certains responsables considèrent que le fait de déposer volontairement le préavis le lundi au matin est le signe d'une volonté de négocier et d'éviter la grève.
Paradoxalement, le préavis qui est conçu comme un instrument d'aide à la négociation peut devenir un instrument de lutte sociale dès lors que l'une ou l'autre des parties cherche à tirer parti des imprécisions des textes.
Même les secteurs relevant d'un service minimum ne sont pas toujours épargnés par les attitudes conflictuelles.

2. Le service minimum mal interprété

Il pourrait être tentant de penser que le service minimum réduit les tensions sociales en permettant de concilier la notion de droit de l'usager et le respect du droit de grève : la réalité est tout autre. C'est l'organisation même du service minimum qui peut devenir un enjeu de conflit lorsque la situation sociale se dégrade.

De fait, aujourd'hui seul le fonctionnement du service minimum dans les services de la navigation aérienne est révélateur.
S'agissant du secteur de l'audiovisuel public, selon les informations transmises par le Gouvernement à votre rapporteur, il est intéressant de constater que la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, a prévu un service minimum limité à la continuité de la diffusion (au sens technique) à la charge des société nationales de programme et de TDF. De fait, l'émergence de la concurrence dans le secteur audiovisuel a limité l'importance du service minimum qui n'induit qu'un nombre limité d'astreintes.
Pour ce qui concerne les services hospitaliers, la nature des activités en cause semble permettre la mise en place de services minimums dans des conditions satisfaisantes, y compris lors de conflits sociaux importants comme ceux déclenchés par les mouvements des infirmières.
Le secteur de la navigation aérienne régi par la loi n° 84-1286 du 31 décembre 1984 et du décret n° 85-1332 du 17 décembre 1985 est sans doute celui qui fait usage avec le plus de régularité du service minimum fixé réglementairement.
La mise en place du service minimum appelle un certain nombre de contraintes. En particulier, les agents astreints à demeurer en fonction doivent être désignés et informés nominativement pendant la durée du préavis.

- Document n°11 page 10 -

La tâche du responsable du service peut devenir relativement compliquée dès lors que la durée du préavis a été volontairement réduite par les salariés. Compte tenu des rotations du personnel, il peut être conduit à les informer directement à leur domicile de la décision d'astreinte. Dès lors, tous les cas de figure sont envisageables, certains afin d'éviter de recevoir la décision et, dans les cas les plus extrêmes, il peut arriver que l'ordre d'astreinte soit remis au salarié par l'intermédiaire des forces de gendarmerie dont ce n'est pas la mission première.

A l'inverse, il peut arriver que l'impréparation d'un service face à une grève parfois sous-estimée conduise à requérir au dernier moment les agents par la force de l'ordre, ce qui est évidemment de nature à entraîner un vif mécontentement de la part des intéressés qui déplorent à juste titre la démarche.
Une fois établi le tableau de consigne, les gestionnaires doivent donc parfois se livrer à une sorte de *" jeu de piste "* pour parvenir à joindre chacun des membres du personnel requis, comme ils sont tenus légalement de le faire.
Plus le service minimum se met en place difficilement, plus la grève peut être considérée par certains comme un succès. A la limite, le dispositif ne joue plus comme un réducteur de tensions, mais peut exacerber certains mécontentements.

Dans les périodes où il n'entraîne pas l'adhésion des salariés, le service minimum ne garantit pas par lui-même le retour à l'esprit de la négociation.

(...)

C. L'IMPACT DE L'EUROPE SOCIALE

La perspective de la construction d'une Europe sociale va poser dans des termes nouveaux l'application du principe de continuité des services publics.
Comme le montre l'étude du service des Affaires européennes du Sénat, la situation de la France apparaît relativement atypique par rapport à nos principaux partenaires.
La notion de " service essentiel " est désormais unanimement reconnue. A l'exception du Royaume-Uni, tous les pays ont établi des règles sur l'instauration d'un service minimum en cas de grève dans les services publics essentiels. Sauf en Espagne ou au Portugal, l'organisation du service minimum est négociée avec les partenaires sociaux.
M. Jacques Delors, reçu par votre rapporteur, met l'accent sur les différences entre une culture latine, à laquelle se rattache la France, l'Italie et l'Espagne, qui fait de la grève un moyen d'expression des conflits sociaux, et une culture nordique, plus pragmatique pour laquelle l'essentiel est que la grève s'articule sur un véritable processus de négociation ; ainsi, en Allemagne, la grève n'est possible que pour conclure et faire appliquer des conventions collectives.
La négociation collective au niveau communautaire commence à acquérir une certaine substance depuis l'intégration des accords signés par les partenaires sociaux européens dans le processus d'élaboration des normes.
Elle s'est concrétisée par la conclusion selon la procédure prévue par le protocole social du traité de Maastricht, de deux accords : le premier en décembre 1995 sur le congé parental et le second, en juin 1997, sur le travail à temps partiel.
Dans la perspective de la mise en oeuvre de l'Europe sociale, la reconnaissance des droits des salariés, en particulier dans les services publics, peut aller de pair avec de plus grandes exigences en matière de continuité du service public.
C'est la démarche européenne qui doit permettre de mettre fin aux insuffisances et aux " archaïsmes " du dialogue social dans les services publics en France.

-Document n° 11 page 11-

DOCUMENT 12:

Article du Nouvel observateur, 25 juillet 2008.

La loi sur le service minimum d'accueil dans les écoles adoptée.

Calqué sur le service minimum dans les transports, en vigueur depuis le début de l'année, le texte, qui sera appliqué dès la rentrée prochaine, oblige les enseignants grévistes à se signaler à leur hiérarchie 48 heures avant le début du mouvement.

Le projet de loi instaurant dans les écoles maternelles et primaires un service minimum d'accueil en cas de grève ou d'absence "imprévisible" d'un professeur a été définitivement adopté, mercredi soir 23 juillet, par un ultime vote des députés.Comme au Sénat qui avait donné son ultime feu vert un peu plus tôt, le projet de loi "instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire" a été voté par l'UMP et ses alliés centristes.
L'opposition PS, PCF et Verts a voté contre un texte qu'elle accuse de porter atteinte au droit de grève et que les syndicats considèrent comme une "provocation".
"Le président de la République le dit lui-même, désormais quand il y a une grève personne ne s'en aperçoit, alors pourquoi ce texte ?", a ironisé la sénatrice Brigitte Gonthier-Maurin (PCF).

"Arme anti-grève"

"Cette loi trompe les parents, oublie l'intérêt des enfants, accable les élus locaux", s'est insurgée la députée PS Delphine Batho, fustigeant une "arme anti-grève" et "un permis de non remplacement des instituteurs absents".
"La majorité ne boude pas son plaisir d'aborder à la fin de cette session ce texte si symbolique qui montre le volontarisme politique" sur un sujet sur lequel "personne n'avait le courage de légiférer", a rétorqué le député UMP Frédéric Lefebvre.
Ce texte met fin "à cette contradiction qui veut que la liberté de travailler ne bénéficie pas de la même reconnaissance que la liberté de faire grève", a plaidé Xavier Darcos.
Annoncé par Nicolas Sarkozy le 15 mai, au soir d'une journée de mobilisation dans l'Education nationale contre la suppression de 11.200 postes à la rentrée prochaine, le projet impose aux communes d'organiser l'accueil des élèves des écoles maternelles et primaires publiques ou privées sous contrat lorsque la proportion des enseignants grévistes dans une école dépasse 25 % de l'effectif.

Service minimum

Le texte, qui sera appliqué dès la rentrée prochaine, est calqué sur le service minimum dans les transports qui est en vigueur depuis le début de l'année et oblige les enseignants grévistes à se signaler à leur hiérarchie 48 heures avant le début du mouvement.

Il met aussi en place un dispositif d'alerte sociale en obligeant les différentes parties à négocier avant le dépôt d'un préavis de grève.
Le projet étend le service d'accueil pour l'élève en cas d'absence du professeur et de son non-remplacement. Cette mesure avait vivement inquiété les syndicats et associations de parents d'élèves qui craignaient que l'école ne se transforme "en garderie". Pour les rassurer, le Parlement a modifié l'article 2 précisant que l'accueil de l'élève se fera en cas d'"absence imprévisible de son professeur et de l'impossibilité de le remplacer".
En contrepartie de ce service minimum, les communes percevront une compensation de l'Etat. Xavier Darcos a promis qu'elle s'élèverait à "11O euros" par jour. L'Etat, et non le maire, endossera la responsabilité administrative et pénale de l'accueil.
Le maire établira la liste des personnes possèdant "les qualité nécessaires pour accueillir et encadrer les enfants" pour assurer ce service.
Pour les écoles privées sous contrat, le service d'accueil ne sera pas mis en place par les communes, mais par les organismes gestionnaires de ces écoles.

- Document n°12 page 2 -

DOCUMENT 13:

Extrait de l'article «Le devoir de résistance du fonctionnaire depuis 1946.», AJDA 2004, p. 1681, par J. MEKHANTAR.

AJDA 2004 p. 1681

Le devoir de résistance du fonctionnaire depuis 1946

Joël Mekhantar, Maître de conférences à l'université de Bourgogne, groupe de recherches sur l'administration et la fonction publique

L'organisation pour lutter contre les persécutions du « fonctionnaire opprimé »

L'organisation des agents publics leur a donné le moyen de lutter contre l'autoritarisme et les persécutions ou brimades dont ils pouvaient être victimes dans leur travail. Pour cela, ils se sont progressivement organisés par le droit syndical et par le droit de grève. Par ailleurs, l'action syndicale (au-delà même de la fonction publique) n'est pas étrangère à la reconnaissance récente d'un droit de résistance contre des formes nouvellement reconnues d'oppression au travail. Sont ici concernés tous les nouveaux moyens juridiques ouverts aux agents publics pour résister aux agissements de harcèlements sexuel et/ou moral dont ils peuvent être l'objet.

L'organisation par le droit syndical et le droit de grève

Le droit syndical est sans doute la forme la plus habituelle de résistance à l'oppression dans l'administration. Dans le syndicalisme français, la confédération générale du travail (CGT), fondée en 1895, a fait de la résistance à l'oppression un des buts principaux de son action. En syndiquant très tôt des agents publics avec les autres travailleurs, elle a contribué à faire entrer ce droit dans le droit de la fonction publique.
Cependant, par tradition, le milieu syndical, n'a jamais entendu limiter ce droit de dénonciation de l'oppression au cadre du monde du travail. Le syndicalisme oeuvre au contraire pour la disparition globale de toutes les formes d'oppression dans la société. Le droit syndical, reconnu aux travailleurs par la grande loi du 21 mars 1884, ne sera accordé aux fonctionnaires qu'à partir du statut de 1946. Cela explique qu'au début du siècle les syndicalistes étaient très hostiles à l'idée d'un statut des fonctionnaires et qu'ils souhaitaient plutôt un lien juridique avec l'employeur public fondé sur le contrat et la convention collective. Le but poursuivi était notamment de bénéficier du droit syndical des travailleurs des entreprises privées. Mais, même s'ils n'étaient pas autorisés, les syndicats de fonctionnaires ont commencé à se développer au début du siècle.

Le droit syndical et la dénonciation de l'oppression

Lors de son congrès d'octobre 1906, en adoptant la charte d'Amiens, la CGT dénonce notamment l'oppression et s'organise pour la faire reculer. Dans l'esprit de la charte d'Amiens, le syndicalisme ne doit pas se réduire à la revendication quotidienne. Il va beaucoup plus loin et fait de l'organisation syndicale non seulement un moyen de « résistance » mais aussi et surtout un moyen d'émancipation intégrale des travailleurs pour fonder une nouvelle base d'organisation sociale.

- Document n° 13 page 1 -

Dès lors, on comprend bien les très fortes résistances de la doctrine juridique française contre la syndicalisation des agents publics(5). Admettre le syndicalisme des agents publics risquait de miner le principe hiérarchique nécessaire à l'autorité de l'Etat. Commentant la jurisprudence *Boisson*, laquelle considérait en 1922 les syndicats de fonctionnaires comme illégaux (CE 13 janvier 1922, RD publ. 1922, p. 55, concl. Berget, note Gaston Jèze ; S. 1922, III, p .1, note Maurice Hauriou ; D. 1923, p. 353, note H. Barthélémy), le doyen Maurice Hauriou a laissé à ce propos des notes d'anthologie très révélatrices de l'esprit de l'époque : « la hiérarchie est, en réalité, la seule corporation qui ait survécu à l'ancien régime, elle s'est substituée à toutes les autres [...] Il n'y a pas d'employeurs et d'employés car tous [...] sont également au service de la fonction. L'expression « Etat-patron » est radicalement fausse. Il n'y a d'ailleurs pas de contrat de travail ni discussion de salaires ; toutes choses sont fixées par les lois et règlements de la corporation [...] ; si certains conflits sont inévitables, ils seront réglés administrativement, dans un esprit amical, ou bien ils le seront contentieusement par les tribunaux administratifs, qui sont des tribunaux de famille. Mais ce serait un non-sens que d'admettre qu'ils puissent être réglés par la lutte des classes ». La chambre criminelle de la Cour de cassation (comme la doctrine publiciste et comme la législation) s'opposera aussi fermement à la reconnaissance des syndicats de fonctionnaires (Cass. crim. 6 février 1932, *Syndicat national de police de France et des colonies c/ Alibert*, Bull. crim., n° 28, p. 55).
Entré dans le droit de la fonction publique avec l'article 6 du statut de 1946 et confirmé par l'article 14 de l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959, le droit syndical a été reconnu par référence au code du travail. L'article 8 de la loi n° 83-634 du 11 juillet 1983 ne fait plus explicitement référence au code du travail mais garantit directement le droit syndical aux fonctionnaires.
Si le syndicalisme peut être un moyen efficace de lutter contre toutes les formes d'oppression, il n'en demeure pas moins que le juge s'efforce de contenir toutes les tentatives de débordements qui remettraient en cause l'autorité de l'Etat.
Tel a été le cas au moment de la guerre froide. Ainsi, dans un arrêt rendu en 1962, le Conseil d'Etat n'a pas hésité à admettre la sanction disciplinaire prononcée par le ministre des PTT contre le secrétaire général de la Fédération nationale CGT des PTT qui bénéficiait pourtant d'un détachement syndical. Celui-ci a été révoqué parce qu'il avait signé en 1951 un accord avec un syndicat allemand dans le secteur oriental de Berlin. Aux termes de cet accord, les signataires appelaient « tous les travailleurs des PTT de France, [...] à faire tous leurs efforts [...] pour éviter que les PTT soient utilisés pour la guerre ou pour la préparation matérielle ou morale à la guerre ». Le jugement du tribunal administratif de Paris qui avait annulé la sanction fut à son tour annulé par le Conseil d'Etat parce que la signature de cet accord avait un « caractère politique et non professionnel » et que « son exécution aurait sur le service français des postes des répercussions graves, susceptibles de compromettre le fonctionnement normal de ce service, et notamment son utilisation en vue de la défense nationale » (CE sect. 8 juin 1962, *Ministre des Postes et Télécommunications c/ Frischmann*)

Aujourd'hui reconnu, l'exercice du droit syndical se heurte cependant constamment à la logique hiérarchique. En fonction de cette logique et sous le contrôle du juge, la ligne de démarcation entre l'exercice du droit syndical et l'abus de ce droit est parfois incertaine.
Toute l'histoire montre que c'est en « abusant » de ce droit, contre le droit, que la résistance progresse. Dans ce combat, le caractère souvent subversif de la communication syndicale heurte nécessairement la hiérarchie qui rappelle alors les limites de l'obligation de réserve.
Ainsi, avec l'obligation de réserve, un pouvoir cherche à faire taire tout ce qui, dans la communication syndicale, pourrait remettre en cause son autorité. Bien évidemment, l'activité syndicale ne doit pas déborder sur le terrain politique, mais certains arrêts démontrent, en outre, que le « bon syndicaliste » reste un syndicaliste discipliné. Dans la jurisprudence, cela se traduit tant au

- Document n° 13 page 2 -

niveau de la distribution de tracts ou de l'affichage syndical (CE sect. 14 mars 1958, *Sieur Etienne et autres*, req. n° 33262 ; CE 13 décembre 1985, *Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public*, Lebon p. 378) que dans l'appréciation du ton qui sied aux lettres adressées à la hiérarchie par des représentants syndicaux (CE 18 mai 1956, *Sieur Boddaert*, req. n° 15589). Le juge dispose toujours ici d'une large marge d'appréciation de cette obligation de réserve. Un même agissement qui aurait été fautif avant 1968 ne l'est plus nécessairement aujourd'hui.
Derrière ces joutes juridiques, la mise en oeuvre du droit de résistance par les syndicats exprime bien un conflit entre un pouvoir administratif officiel, légitimé par le souci de protéger l'intérêt du service, et un contre-pouvoir syndical toléré qui fait souvent avancer les revendications qu'il porte en se réclamant aussi de la défense de l'intérêt général et du service public.
Après le temps de la dénonciation de l'oppression par l'organisation syndicale, vient inéluctablement le temps de la désobéissance collective par la grève.

Le droit de grève et la désobéissance collective à l'autorité

La conquête du droit de grève dans la fonction publique sous la IVe République, marque une étape décisive dans les formes non contentieuses de lutte contre l'oppression. Bien que le statut ne l'ait pas explicitement prévu, les fonctionnaires ont conquis ce droit par une interprétation bienveillante du Préambule de la Constitution de 1946 qui ouvre ce droit à « tout travailleur ». Le Préambule précise que : « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ». Plus difficile à conquérir que le droit syndical, le droit de grève est entré presque par effraction et de façon implicite dans le droit de la fonction publique. Grâce à la jurisprudence du Conseil d'Etat (CE Ass. 7 juillet 1950, *Dehaene*, Lebon p. 426 ; RD publ. 1950, p. 691, concl. Gazier et note Marcel Waline), s'appuyant ici directement sur la Constitution, il est aujourd'hui inscrit pour la première fois dans le statut des fonctionnaires qui reprend la formule précitée du Préambule (art. 10 de la loi n° 83-634 du 11 juillet 1983).
Cette question du droit de grève des agents publics a fait l'objet de nombreuses études. L'évocation des conditions d'exercice du droit de grève pour les agents qui bénéficient déjà de ce droit ne présente pas beaucoup d'intérêt pour notre sujet. En revanche, il est plus instructif, pour traiter la question du droit de résistance, d'envisager les cas de transgression de l'interdiction du droit de grève par les agents publics qui ne disposent pas de ce droit. Sont ainsi privés du droit de grève les agents qui relèvent d'un statut spécial.
Ainsi, les personnels des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire, parce qu'ils sont soumis à un statut spécial résultant notamment de l'ordonnance n° 58-696 du 6 août 1958, échappent largement au régime des droits et garanties du statut général. Ils ne bénéficient pas du droit de grève et peuvent être sanctionnés en l'absence des garanties de procédure prévues par le statut général des fonctionnaires. A cet égard, on se réfèrera au mouvement des gardiens de prison qui a abouti à des dégradations à la maison d'arrêt de Douai en février 1995. Ce mouvement de grève et « d'indiscipline » a suscité un abondant contentieux devant le tribunal administratif de Lille (v. TA Lille 28 janvier 1997, *M. Dominique Ferré*, AJFP 1997-3, p. 29, comm. Joël Mekhantar). Les manifestations de gendarmes en uniforme en ont été un autre exemple au cours de l'année 2002.

(5) V., notamment, les appréciations critiques de la doctrine de Barthélémy qui dans son *Traité de droit administratif* avait des mots très durs à l'encontre du syndicalisme des fonctionnaires : « Ces syndicats ont pris une attitude illégale en devenant des foyers de propagande révolutionnaire et en s'affiliant à la confédération générale du travail », cité par Marcel Piquemal, *Le Fonctionnaire, 1 Droits et garanties*, Berger-Levrault, 1979, 2e éd., note 18, p. 362.

DOCUMENT 14:

Extrait d'article paru dans la Revue d'histoire moderne et contemporaine (2005-3), «Le service public, l'économie, la République» p. 132 à 165, par M. MARGAIRAZ.

Experts et praticiens

Les services publics économiques entre experts, praticiens et gouvernants dans le premier XXe siècle: d'une configuration historique à l'autre

Michel MARGAIRAZ

(...)

Les trois principes clés du service public (continuité, égalité, mutabilité) et le tournant du Conseil d'État

Quoi qu'il en soit, cheminant à travers la jurisprudence et les controverses théoriques, les trois grands principes propres aux activités de service public ont pu, dès avant la Première Guerre mondiale, être précisés et communément admis. Il s'agit, on le sait bien, de la continuité, de l'égalité et de la mutabilité, principes largement développés par l'École de Bordeaux et particulièrement par Louis Rolland et Gaston Jèze.
Gaston Jèze souligne bien que la doctrine comme la jurisprudence, dès les débuts du siècle, ont associé le service public au droit administratif, et ceci principalement à cause du fait que le principe de continuité en constitue l'un des principes fondateurs. C'est à son propos seul que Louis Rolland parle de « loi » du service public. Le principe apparaît explicitement dans les conclusions de Romieu (Terrier, 6 février 1903), comme dans les idées en faveur au Conseil d'État. Ainsi, Clément Colson précise :

« C'est uniquement parce que ces services (police, poste, transports par chemins de fer, éclairage ou alimentation en eau des villes) ne peuvent être assurés par l'initiative privée, parce qu'ils font nécessairement l'objet d'une organisation d'ensemble qu'un désordre local sérieux trouble tout entière, que l'État ou les communes s'en réservent le monopole ; les raisons qui justifient ce monopole sont précisément celles qui justifient aussi des restrictions au droit commun »33.

Fait rarement souligné, la continuité du service s'entend à la fois dans le temps mais également dans l'espace. Ainsi, le commissaire du gouvernement Tardieu dans l'affaire Winckell :

« Quand l'État, les départements et les communes se substituent à la libre initiative des particuliers pour organiser un service public, c'est le plus souvent afin de procurer à tous les habitants de la France, sur tous les points les plus reculés du territoire la satisfaction de besoins généraux auxquels l'initiative privée ne pourrait assurer qu'une satisfaction incomplète et intermittente [...]. La continuité est [...] de l'essence du service public »34.

Ces affirmations, fondant le service public sur la continuité, prennent cependant soin de distinguer le contrôle de l'activité par la collectivité publique de sa gestion, qui, elle, peut demeurer privée :

«Lorsque l'État, le département ou la commune organise un service public, soit qu'ils en assument directement le fonctionnement et l'exploitation, soit qu'ils les concèdent à des tiers, c'est pour procurer à la collectivité, la satisfaction de besoins généraux, auxquels l'initiative privée ne pourrait assurer qu'une satisfaction imparfaite et intermittente »35 .

Cette conception explicitement supplétive du service public a pour fonction de ne pas contredire la perspective générale, largement partagée par les juristes, les commissaires du gouvernement mais également la plupart des hommes politiques républicains, et qui demeure fondamentalement libérale36 . Les mêmes termes se retrouvent encore plus clairement au lendemain de la Grande Guerre :

« Le service public est fait pour donner satisfaction régulière et continue à des besoins collectifs ; [...] la continuité est l'essence du service public »37 .

(...)

Michel MARGAIRAZ
Université Paris 8
Institutions et Dynamiques Historiques de l'Économie

33. Clément COLSON, Traité d'économie politique, II, p. 385, cité in G. JÈZE, Les principes..., op. cit., p. 3, note 3.

34. Conseil d'État, 7 août 1909, Winkell, Rec., p. 1302, cité in G. JÈZE, Les principes..., op. cit., p. 3.

35. Helbronner (commissaire du gouvernement), conclusions dans l'affaire Syndicat national des chemins de fer, Conseil d'État, 18 juillet 1913, Rec., p. 875 (Revue du droit public, 1913, p. 506, note 1), cité in G. JÈZE, Les principes..., op. cit., p. 15.

36. Cf. la contribution de Lucette LE VAN-LEMESLE, supra.37. Corneille (commissaire du gouvernement), conclusions dans l'affaire Société d'éclairage de Poissy [Revue du droit public, 1918, p. 246], in G. JÈZE, Les principes..., op. cit. (en italiques dans le texte).

- Document n° 14 page 2 -

DOCUMENT 15:

Extrait de l'article «Jean Rivero et les lois du service public.», AJDA 2010, p. 987, par J. TRAVARD.

AJDA 2010 p. 987

Jean Rivero et les lois du service public.

Jérôme Travard, Docteur en droit public, université Jean Moulin - Lyon III

Jean Rivero, attaché à une haute idée du rôle de l'Etat, a toujours vigoureusement défendu les grandes lois du service public. Il a démontré tout à la fois l'intérêt du principe de mutabilité et le caractère fondamental du principe de continuité par rapport au droit de grève des agents publics. Il s'est également attaché à défendre une certaine idée de l'égalité, et surtout d'une harmonieuse conciliation entre laïcité et liberté religieuse. Son oeuvre mérite ainsi d'être revisitée tant elle fait preuve d'actualité et donne des clefs de lecture pour de nouveaux problèmes.

« Comme dans tous ses écrits, une profonde culture, le goût de la précision et du mot juste, la qualité de la réflexion, mais aussi le souci de la clarté et d'une démarche toujours pédagogique [...]. Quelle leçon nous avons reçue en ayant un rapport privilégié avec un grand universitaire dont l'humanisme et la science s'ajoutaient à la rigueur juridique et à une honnêteté intellectuelle sans faille » (G. Cohen-Jonathan, Hommage à Jean Rivero, en ligne sur le site de la revue Droits fondamentaux).

« Le besoin d'indépendance l'avait sans doute fait se détourner de tout autre métier qu'universitaire. Jean Rivero avait son franc-parler et avait su, dans des chroniques devenues célèbres, reprocher au juge administratif de préférer parfois l'esthétique judiciaire au souci du justiciable » (G. Vedel, mots prononcés lors de l'enterrement de Jean Rivero, cité par G. Cohen-Jonathan, préc.).

Ainsi s'exprimèrent un disciple et un collègue de Jean Rivero, traduisant s'il en était besoin son grand humanisme et ses qualités universitaires. Paradoxalement, si ses écrits restent souvent utilisés sur tel ou tel point particulier, il n'existe que très peu d'études globales consacrées à son oeuvre. En particulier, sa position sur la question des lois du service public est peu connue, ce qui s'explique sans doute par sa formation et ses centres d'intérêt ultérieurs.

Né en 1910, il soutient en 1934, sous la direction d'Achille Mestre, lui-même disciple de Hauriou, une thèse de doctorat sur les mesures d'ordre intérieur (J. Rivero, *Les mesures d'ordre intérieur administratives. Essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics*, thèse, Sirey, 1934). Agrégé de droit public en 1938, il devient professeur à la faculté de droit de Poitiers, puis à Paris à compter de 1954. Professeur émérite en 1979, il décède en 2001 en laissant une

- Document n° 15 page 1 -

bibliographie impressionnante par son ampleur et la diversité des questions traitées. Trois principaux axes émaillent ses recherches : le droit administratif d'abord, avec la rédaction d'un manuel (J. Rivero, *Droit administratif*, Dalloz, coll. Précis, éditions successives, en collaboration avec Jean Waline à partir de la 18 éd.), et de divers articles dans lesquels il réfléchit notamment aux questions de démocratie administrative et de protection juridictionnelle des citoyens (v. not. J. Rivero, A propos des métamorphoses de l'administration aujourd'hui : démocratie et administration, *in Mélanges R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 827). Tout juriste garde en mémoire les célèbres chroniques du Huron dans lesquels il dénonce avec ironie les insuffisances du recours pour excès de pouvoir (J. Rivero, Le Huron au Palais-Royal, ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir, D. 1962. Chron. 37 ; Nouveaux propos naïfs d'un Huron sur le contentieux administratif, EDCE, 1980, n° 31, p. 27). Ensuite, Jean Rivero s'est beaucoup intéressé au droit social, qu'il s'agisse du droit du travail ou du droit de la fonction publique (dont son célèbre manuel *Droit du travail*, écrit avec Jean Savatier, PUF, éditions successives). Enfin, aspect tout aussi important, sa contribution au droit des libertés publiques, matière dans laquelle il fut un pionnier (son manuel *Les libertés publiques*, 2 t., PUF, éditions successives, restant un classique de la matière).

En revanche, pas d'étude d'ensemble sur la notion de service public ou ses lois, ceci n'étant généralement abordé qu'à travers d'autres points. Quel intérêt alors de s'arrêter sur sa conception en la matière ? C'est que, de par sa filiation intellectuelle et ses écrits - au moins dans la première période de sa vie -, il est possible de le rattacher à l'école de la puissance publique, peu suspecte de sympathie pour le service public. Il est donc intéressant d'appréhender comment un juriste *a priori* opposé à une notion est conduit à traiter de celle-ci. Il faut dire, en outre, deuxième raison, que le thème a suscité une abondante littérature généralement chez les défenseurs du service public : la vision de Duguit (E. Pisier-Kouchner, *La théorie du service public dans l'oeuvre de Léon Duguit*, LGDJ, 1972) ou de Rolland (L. Bezie, Louis Rolland : théoricien oublié du service public, RD publ. 2006. 847) a fait l'objet de recherches, celle de Hauriou par exemple beaucoup moins. Aussi, par une sorte de symétrie et pour compléter la réalité, il faut s'attacher aux écrits des auteurs « de l'autre camp ».

S'agissant d'abord de la notion de service public, Jean Rivero a démontré que son importance ne datait pas de l'arrêt *Blanco* (T. confl. 8 févr. 1873, req. n° 00012, *GAJA*, 2009, 17 éd., n° 1) ; cette présentation ne résiste pas en effet à une analyse poussée : l'expression n'a aucun sens précis à l'époque et la doctrine, Laferrière surtout, le passe sous silence (J. Rivero, Hauriou et l'avènement de la notion de service public, *inL'évolution du droit public. Etudes offertes à Achille Mestre*, Sirey, 1956, p. 461). En réalité, ce fut paradoxalement Maurice Hauriou qui en défendit le premier l'intérêt dans la définition du droit administratif, dont les idées furent reprises par Jean Romieu dans ses conclusions sur l'arrêt *Terrier* (CE 6 févr. 1903, req. n° 07496, *GAJA*, 2007, 16 éd., n° 12). Jean Rivero démontra également que le service public ne pouvait être l'unique critère de définition du droit administratif (J. Rivero, Existe-t-il un critère du droit administratif ?, RD publ. 1953. 279). Reprenant le problème en son entier, il aboutit à la conclusion que la recherche d'un critère unique était vouée à l'échec ; il faut partir de la réalité, qui indique que les droits exorbitants de la puissance publique ne doivent pas faire perdre de vue les sujétions pesant sur elle. La conclusion s'impose alors d'elle-même : « Les règles du droit administratif se caractérisent par les dérogations au droit commun qu'exige l'intérêt public, soit dans le sens d'une majoration, au profit des personnes publiques, des droits reconnus aux particuliers dans leurs relations, soit dans le sens d'une réduction de ces droits » (*ibid.*, p. 294). On notera que l'expression d'intérêt public est préférée à celle de service public, dont Jean Rivero a pu montrer par ailleurs la relativité (notamment dans son article Le régime des entreprises nationalisées et l'évolution du droit administratif, APD 1952. 147,

- Document n° 15 p 2 -

reproduit *inPages de doctrine*, LGDJ, 1980, t. 2, p. 49, ici p. 56 ; il ne partage cependant pas les critiques existentialistes de Bernard Chenot, La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat, EDCE, 1950, n° 4, p. 77 ; L'existentialisme et le droit, RFSP 1953. 57 ; v. sa réponse au premier de ses articles *in* Apologie pour les « faiseurs de systèmes », D. 1951. Chron. 99).

S'il a pu contester l'importance du service public comme notion explicative générale, il s'est, en revanche, montré intraitable sur la défense des lois du service public, qui font référence à des principes régissant le fonctionnement de l'ensemble des services publics, et mis en lumière originellement par Louis Rolland (v. L. Bezie, préc., spéc. p. 870 *sqq.*). Il s'agit de la continuité, de la mutabilité ou de l'adaptabilité, et de l'égalité. Pourquoi s'arrêter sur ce point particulier ? La première raison tient à l'auteur lui-même : Jean Rivero ne s'est pas contenté d'en traiter dans ses manuels comme d'autres têtes de chapitres du droit administratif, mais a consacré de nombreux articles à la question. Il ressort clairement de ses propos un attachement profond à ces « lois », spécialement la continuité et la neutralité, qui ne sont selon lui qu'un corollaire de l'égalité (J. Rivero, Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français, *inTravaux de l'Association Henri Capitant [1961-1962, t. XIV]*, Dalloz, 1965, p. 343, ici p. 347). Même s'il n'emploie pas l'expression, on le sent défenseur d'une certaine cohésion sociale et du rôle cardinal que doivent jouer les services publics par rapport aux usagers. En d'autres termes, chacun doit pouvoir utiliser normalement les services, et ce, sans discrimination aucune. Une deuxième raison tient à la persistance des débats tant juridiques que politiques autour de ces lois du service public : pour ne s'en tenir qu'à cela, la continuité des services ou la neutralité religieuse exigée des usagers ou des agents ont fait couler beaucoup d'encre depuis près d'un demi-siècle. Aussi, le but sera ici de mieux connaître la pensée d'un auteur tout en replaçant sa réflexion au coeur des problématiques actuelles : il apparaît clairement que les positions de Jean Rivero ont toujours été d'un grand modernisme ; il a pointé les difficultés qui pourraient se poser à l'avenir et qui se sont souvent réalisées. La grille de lecture doit partir des besoins de l'usager : Jean Rivero a toujours considéré que les services publics ne devaient jamais perdre de vue leurs finalités, c'est-à-dire satisfaire le plus grand nombre. Il se voulait donc un partisan exigeant du bon fonctionnement du service, l'expression rappelant ici les principes de continuité et de mutabilité, mais aussi de l'égalité devant le service, car s'agissant d'une protection indispensable des citoyens.

Les principes de continuité et de mutabilité, synonymes de bon fonctionnement du service

La réflexion de Jean Rivero s'oriente ici dans deux directions : d'une part, il démontre dès sa thèse que ce bon fonctionnement du service, autrement dit les principes de continuité et de mutabilité, sont le fondement du pouvoir spontané d'organisation que l'on observe dans toute institution administrative ; d'autre part, que ce bon fonctionnement passe par la continuité du service et donc par une critique du droit de grève des agents publics.

Le bon fonctionnement du service, fondement du pouvoir spontané d'organisation de l'institution administrative

En tant que disciple de Hauriou et de Mestre, Jean Rivero a, au moins dans la première partie de sa carrière, adopté les thèses institutionnelles. En utilisant celles-ci, il a pu mettre en lumière l'existence d'un pouvoir spontané d'organisation dans les services publics, celui-ci étant justifié par des considérations tenant à l'intérêt public et aux principes de continuité et de mutabilité.

- Document n° 15 page 3 -

L'attachement à la théorie de l'institution se constate dès sa thèse de doctorat. Rappelons que l'institution est définie par Maurice Hauriou comme « une idée d'oeuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes de pouvoir et réglées par des procédures » (M. Hauriou, *La théorie de l'institution et de la fondation [essai de vitalisme social]*, 1925, *inAux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Bloud & Gay, 1933, réimp. Centre de philosophie politique et juridique de Caen, 1986, p. 89). Le maître toulousain vise à élaborer une théorie générale rendant compte de la formation des groupements humains, et en particulier des personnes publiques. Jean Rivero, dans la conclusion de sa thèse, reprend ces postulats : « La notion de vie intérieure elle-même se rattache de la manière la plus directe à la définition institutionnelle des services publics, éveillant l'idée d'un ordre clos, subordonné à la réalisation d'une fin, se donnant à lui-même ses règles » (J. Rivero, thèse préc., p. 382). Pour Maurice Hauriou, l'institution sécrète un droit disciplinaire, police collective qui réprime les écarts de conduite, et un droit statutaire qui réglemente la prise de décision et régit le fonctionnement concret de l'ensemble. Or, précisément, Jean Rivero s'inspire manifestement de ce droit statutaire lorsqu'il évoque le pouvoir spontané d'organisation.

Examinant le fonctionnement concret tant d'une entreprise privée que d'un service public, l'auteur observe que des règles sont adoptées afin d'organiser concrètement le travail, règles qui ne trouvent pourtant leur fondement dans aucun texte supérieur. Ainsi en droit privé, le règlement d'usine n'est prévu ni par la loi ni par le contrat de travail, mais a pourtant une force juridique d'ailleurs sanctionnée par les tribunaux. En droit public, on constate de même l'existence sans textes d'un pouvoir hiérarchique. L'exemple type est le pouvoir réglementaire reconnu par le Conseil d'Etat aux chefs de service par l'arrêt *Jamart* (CE sect. 7 févr. 1936, req. n° 43321, Lebon 172 ; S. 1937. 3. 113, note J. Rivero ; *GAJA*, 2009, 17 éd., n° 49), pour prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement du service. D'où provient alors ce pouvoir spontané ? S'inscrivant dans une perspective phénoménologique, Jean Rivero indique que ce pouvoir de commandement intérieur est issu « de la nature des choses », résulte de la fin même assignée au service : il est spontané parce qu'il est nécessaire ; toute organisation ne peut fonctionner que grâce à ce type de règles, qui ne peuvent être toutes prévues originellement. Nul besoin d'un texte : une institution sécrétera naturellement ce droit qui est indispensable à sa continuation. En résumé, « la base légale de la vie intérieure et des pouvoirs de commandement qui s'y font jour réside donc dans les textes formels qui créent le service, et qui, en posant son existence, rendent légitimes toutes les conséquences qui en découlent nécessairement » (J. Rivero, thèse préc., p. 379).

Développant encore l'idée, Jean Rivero s'interroge sur les justifications d'un tel pouvoir en droit public. Il les trouve dans la finalité d'intérêt public de l'activité administrative et dans sa nécessaire adaptation aux besoins de la population : « L'intérêt public est mobile. Pour s'y conformer à tout instant, le service doit faire preuve d'une certaine plasticité. Et il peut d'autant moins s'y dérober qu'il répond à des intérêts plus vitaux, et qu'il en répond devant le pays ». Dans cette « plasticité » du service, n'est-ce point le principe de mutabilité que l'on reconnaît ? Dans sa note sous l'arrêt *Jamart*, il ajoute que : « Dès l'instant où il apparaît que le pouvoir du chef de service est indispensable au fonctionnement continu et régulier du service, ce pouvoir se trouve justifié, en droit, par le principe dont il conditionne la mise en oeuvre : c'est à ce point de vue que se rattache l'arrêt *Jamart*, lorsqu'il parle des mesures nécessaires au bon fonctionnement du service, lorsqu'il

insiste plus loin sur la nécessité d'un fonctionnement régulier » (J. Rivero, note préc. sous l'arrêt *Jamart*, p. 117). C'est le principe de continuité qui fait ici son entrée.

En d'autres termes et pour reprendre le raisonnement de l'auteur dans l'autre sens, les services publics assurent les besoins essentiels de la population ; pour ce faire, ils sont régis par des grands principes, des lois, dont la continuité et la mutabilité. Ces lois permettent aux détenteurs de l'autorité de prendre toutes les mesures nécessaires au bon fonctionnement du service ; en particulier, elles leurs donnent implicitement un pouvoir d'organisation et de commandement, et ce, même sans texte, afin qu'il y ait le plus de souplesse possible dans la gestion, et aussi car le législateur et le pouvoir réglementaire ne peuvent tout prévoir. Le principe de continuité du service public n'a pourtant pas comme implication que le pouvoir d'organisation du chef de service, mais aussi le droit de grève des agents publics.

La critique du droit de grève des agents publics

Sujet ô combien problématique, la grève dans la fonction publique a longuement inspiré Jean Rivero qui a consacré au sujet plusieurs notes et articles, sans compter les analyses dans ses différents manuels. Pour l'essentiel, il écrit de 1947 à 1953, moment où la question connaît précisément de grands bouleversements. Le droit de grève était traditionnellement interdit aux agents publics, sous peine de révocation et sans communication préalable du dossier (CE 7 août 1909, *Winkell* et *Rosier*, req. n 37317-37325, Lebon 826, concl. Tardieu ; D. 1911. 3. 17 ; RD publ. 1909. 494, note G. Jèze ; S. 1909. 3. 145, note M. Hauriou ; CE sect. 22 oct. 1937, *Demoiselle Minaire et autres*, Lebon 843, concl. Lagrange ; D. 1938. 3. 49, note C. Eisenmann ; RD publ. 1938. 121, note G. Jèze ; S. 1938. 3. 13) ; le Conseil d'Etat était inflexible sur ce point, approuvé vigoureusement en cela par Léon Duguit et Maurice Hauriou (Duguit voyait dans de telles grèves un « crime », *Traité de droit constitutionnel*, Boccard, t. 3, 1927, 3 éd., p. 221, alors que Hauriou fustigeait un droit « de guerre privée », car une « partie de la nation se dresse contre l'autre et ne reconnaît plus ni ses lois ni sa justice », note sous l'arrêt *Winkell*, préc.). L'alinéa 7 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 apporta une modification en prévoyant, mais sans plus de précisions, que « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le règlementent », laissant entier le problème des limitations et de la conciliation avec le principe de continuité du service public, auquel le juge administratif était très attaché (principe servant par exemple de fondement à la théorie des circonstances exceptionnelles : CE 28 juin 1918, *Heyriès*, req. n° 63412, Lebon 651 ; S. 1922. 3. 49, note M. Hauriou ; *GAJA*, 2007, 16 éd., n° 32).

Jean Rivero se montre également fervent adepte du principe de continuité, « maxime inscrite dans la nature des choses, fondement nécessaire de toute vie sociale dans le cadre de l'Etat moderne » (J. Rivero, note sous CE 18 avr. 1947, *Jarrigion*, req. n° 65900, S. 1948. 3. 33, ici p. 35) ; le droit de grève soulève chez lui de nombreuses inquiétudes. Sur un plan général d'abord, il démontre comment la grève - dans les secteurs privés et publics - a évolué au cours du temps (J. Rivero, La réglementation de la grève, Dr. soc. 1948. 58). Au XIX siècle, la grève est avant tout une affaire privée : elle met aux prises un patron et ses salariés en vue de l'amélioration des conditions de travail ; elle n'a pas d'incidences sur l'Etat, ni sur les clients du fait de l'existence de la concurrence entre les entreprises. Sous la III République et jusqu'à la Première Guerre mondiale, la grève change de nature : elle devient une arme pour un prolétariat unifié afin de renverser le capitalisme libéral, et sa forme politique et juridique qu'est l'Etat ; c'est « un mouvement insurrectionnel destiné à détruire cette société » (*ibid.*, p. 58). A partir des années 1930, retour à la conception initiale mais avec des

← Document n° 15 page 5 →

conséquences différentes : du fait de l'avènement du dirigisme économique (conduisant à des situations monopolistiques) et d'un syndicalisme fort, le but est de faire plier l'Etat pour qu'il améliore le sort des employés. Les incidences sur les clients et usagers contraignent alors l'autorité publique à céder. Jean Rivero adopte alors une position ambivalente : d'une part, il estime que la grève présente un aspect illégitime, puisqu'elle tend à remettre en cause les décisions prises par les représentants de la Nation démocratiquement élus (J. Rivero, Les grèves d'août 1953 et l'évolution du droit de grève des agents publics, Dr. soc. 1953. 517, ici p. 524 : « En prétendant dénier toute valeur représentative à un gouvernement investi de la confiance de l'Assemblée, elle [la grève] ressuscite sous une autre forme la distinction du pays légal et du pays réel »). Mais d'autre part, il ne faut pas l'interdire : outre d'inévitables problèmes pratiques, la grève demeure un droit d'auto-défense, une nécessité vitale qu'il faut conserver, et dont la disparition ne peut arriver que par l'amélioration des lois sociales. Redevenant plus pragmatique, Jean Rivero s'interroge alors sur la meilleure façon de réglementer.

Ses premières analyses le conduisent à être très critique sur le droit de grève dans la fonction publique. A propos de l'arrêt *Jarrigion*, par lequel le Conseil d'Etat admet la légalité de la révocation en 1938 du requérant gréviste « en l'état du droit alors en vigueur », l'auteur émet une inquiétude à propos de cette incise, qui pourrait signifier la légalité du droit de grève, méconnaissant « les nécessités les plus évidentes de l'intérêt général, au point d'autoriser expressément les agents publics à suspendre au gré de leurs revendications des services sans lesquels il n'est pour les membres de la communauté ni sécurité, ni activité, ni même vie possibles » ; cela consacrerait « officiellement la notion d'un Etat à éclipses - car la grève des agents suspend en fait l'exercice du pouvoir » (note préc., p. 36). Il se prononce à nouveau après l'arrêt *Dehaene*, qui autorise le gouvernement, en l'absence de lois, à réglementer le droit de grève des agents publics, sous le contrôle du juge, afin d'opérer une conciliation avec les nécessités de l'ordre public et d'éviter les abus (CE ass. 7 juill. 1950, *Dehaene*, req. n° 01645, Lebon 426 ; JCP 1950. II. 5681, concl. Gazier ; D. 1950. Jur. 538, note A. Gervais ; Rev. adm. 1950. 366, note G. Liet-Veaux ; RD publ. 1950. 691, note M. Waline ; S. 1950. 3. 109, note J. D. V. ; *GAJA*, 2009, 17 éd., n° 63). Il ne partage pas, loin s'en faut, la position adoptée par l'arrêt et le commissaire du gouvernement : d'une part, le juge adopte une conception édulcorée de la grève, réduite à une règle du jeu entre le gouvernement et les agents pour la prise en compte de revendications, et non à la vraie grève, véritablement dommageable pour l'employeur. Autrement dit, la grève telle qu'envisagée par l'arrêt *Dehaene* n'est pas dangereuse pour la continuité des services publics, à la différence des grèves lourdes qui elles devraient être interdites par principe (J. Rivero, Le droit positif de la grève dans les services publics d'après la jurisprudence du Conseil d'Etat, Dr. soc. 1951. 591, ici p. 595). D'autre part et surtout, les intérêts collectifs défendus par les fonctionnaires doivent céder devant l'intérêt général défendu par l'Etat ; entre un patron et les ouvriers, les prétentions sont également légitimes, mais l'Etat n'est pas un employeur comme les autres et doit rester supérieur - ces considérations rappelant celles de l'arrêt *Blanco (ibid.*, p. 595).

Déplorant donc que la grève ne fût pas interdite ou du moins beaucoup plus strictement encadrée, Jean Rivero réfléchit à l'avenir de la réglementation en la matière en croisant la lecture de l'arrêt *Dehaene* avec celle de l'arrêt *Fédération nationale de l'éclairage et des forces motrices* (CE 10 nov. 1950, Cah. de documentation juridique d'EDF 1950, jur. p. 593, concl. Agid). Dans cette affaire, un décret portait réquisition collective des personnels du gaz et de l'électricité car une grève menaçait d'éclater dans ces services. Le fondement de la réquisition était l'article 14 de la loi du 11 juillet 1938 prévoyant la possibilité de réquisitionner « l'ensemble du personnel faisant partie d'un service ou d'une entreprise considérée comme indispensable pour assurer les besoins du pays ». Le Conseil

- Dowment n° 15 page 6 -

d'Etat admit la légalité, ce qui fit dire à Jean Rivero que désormais, l'important n'était pas que l'on se situe dans le cadre d'un service public ou non, mais qu'il s'agisseou non d'une activité indispensable pour les besoins du pays. Et de remarquer que certaines administrations peuvent arrêter leurs activités sans graves conséquences - archives, musées - alors que des entreprises privées sont absolument vitales - alimentation, transport notamment. Les conséquences en sont un rapprochement continu entre le droit de la fonction publique et le droit du travail (J. Rivero, Le droit positif de la grève..., p. 597).

L'évolution postérieure du droit positif a dans l'ensemble plutôt confirmé les prédictions de Jean Rivero. Si les réquisitions de personnels dans des entreprises « indispensables » demeurent relativement rares, en revanche, la réglementation du droit de grève est allée dans le sens de restrictions dans les services publics : interdiction pure et simple pour les policiers, les militaires, les magistrats, les personnels de transmission du ministère de l'intérieur ; possibilité pour l'administration d'édicter un service minimum, c'est-à-dire le maintien d'une certaine activité, comme pour la télévision, la navigation aérienne, les greffes des tribunaux (v. A. Taillefait, Libertés publiques. Droit syndical - Droit de grève, J.-Cl. Fonctions publiques 2008, n° 157 *sqq.*). Mais surtout, l'actualité récente a démontré une volonté politique de restreindre la grève dans des services moins indispensables que les précédents, mais ayant néanmoins des conséquences non négligeables sur les usagers. Le président de la République, Nicolas Sarkozy, a dès son élection en 2007 voulu que les grèves soient les plus indolores possible, d'où le vote de deux lois. La première concerne les transports : il n'y a pas à proprement parler de service minimum, mais une rationalisation des procédures, notamment par la généralisation du mécanisme d'alarme sociale (L. n° 2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs, JO 22 août, p. 13956 ; F. Melleray, La loi du 21 août 2007 sur le dialogue social ou l'introuvable service minimum, AJDA 2007. 1752). La seconde organise la prise en charge des élèves des écoles primaires lorsque 25 % ou plus des enseignants sont en grève (L. n° 2008-790 du 20 août 2008 instituant un droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire, JO 21 août, p. 13076 ; P. Raimbault, Un droit d'accueil pour la rentrée, AJDA 2008. 1949). Dans les deux cas, au moins sur un plan théorique, il a été considéré qu'il s'agissait de services indispensables à la continuité de la vie nationale.